

# O Processo Civil Francês

**Luiz Guilherme Marques**

*Juiz de Direito da 2ª Vara Cível de Juiz de Fora - MG.*

Um bom Direito deve ser simples e compreensível por todos.  
(Hervé Croze)

## 1. INTRODUÇÃO

No Brasil, por influência da doutrina italiana, surgiu a febre do processualismo, gerando reformas legislativas e uma doutrina que supervalorizou o Direito Processual, transformando os processos comuns do foro em verdadeira luta entre os advogados à procura de nulidades, fazendo vencedores muitas das vezes aqueles mais sagazes em detrimento das partes que verdadeiramente mereciam vencer as demandas. A chicana venceu muitos processos e as chamadas “preliminares” superaram o “mérito”.

Felizmente, essa onda de processualismo vem se assereando no Brasil depois de já ultrapassada na Europa, inclusive na própria Itália, agora por influência de processualistas como Mauro Cappelletti, preocupado com a “instrumentalidade” do processo, o “acesso à justiça” e a “efetividade do processo”.

Escrevemos este breve estudo com a finalidade de ajudar a mudar essa mentalidade brasileira, citando o exemplo francês, que, pode-se dizer, sempre foi voltado muito mais para o procedimentalismo que para o processualismo, com melhores resultados práticos para os jurisdicionados que os nossos.

Destacamos como um dos representantes da modernização do Processo Civil brasileiro o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Sálvio de Figueiredo Teixeira, que, aliás, além das suas meditações particulares, pesquisa as modernas tendências do Direito europeu e do norte-americano, com proveito para nós brasileiros.

Carlos Ferreira de Almeida, em **Introdução ao Direito Comparado**, Almedina, 1998, p. 72/74, apresenta um perfil geral do Direito francês, aplicando-se ao Processo Civil as seguintes observações: 1 - Primazia do direito substantivo sobre o direito processual (pelo menos, no discurso jurídico oficial); o direito de ação como meio de efetivação de direitos subjetivos. 2 - Distinção entre direito público e direito privado; a subdivisão do direito objetivo e da ciência jurídica em ramos de direito. 3 - Competência legislativa distribuída entre as instituições parlamentares e as governamentais. 4 - Primado da lei, tanto no plano hierárquico como no da sua importância relativa, enquanto fonte de direito aplicável a todas as áreas jurídicas. 5 - Concentração de uma parte significativa das regras legais em códigos, organizados de modo sistemático e segundo critérios doutrinários. 6 - Declínio da importância do costume. 7 - Contraste entre o discurso dominante e oficial, que recusa à jurisprudência o valor de fonte de criação normativa, e a sua efetiva importância enquanto meio de conhecimento e de evolução do direito. 8 - Influência da doutrina na construção e compreensão dos sistemas jurídicos, nas reformas legislativas e, em diferentes graus, no modo de aplicação do direito. 9 - Utilização, na interpretação da lei, de um pluralismo metodológico em que, segundo combinações variáveis, são atendíveis os elementos literal, teleológico, sistemático e histórico. 10 - Aplicação analógica como meio privilegiado de integração de lacunas da lei. 11 - Organização judiciária ordinária ou comum hierarquizada três níveis; tribunais de 1ª e de 2ª instância dispersos no território; tribunal supremo vocacionado para a uniformização da jurisprudência. 12 - Formação universitária em direito como requisito geralmente exigido para o exercício de profissões jurídicas superiores (magistraturas e advocacia). 13 - Dualidade de magistraturas - judicial e do Ministério Público - compostas na sua quase totalidade por magistrados integrados em carreiras profissionais. 14 - Tendencial unidade da profissão de advogado, a quem incumbe o patrocínio judiciário e o aconselhamento jurídico dos clientes.

Na França, o Processo Civil é considerado pela maioria dos aplicadores do Direito como inferior ao Direito material, a maioria

não o tratando como Direito Processual Civil. É um ramo do Direito Privado. As regras processuais são objeto de decretos e não de leis, portanto, de competência do Poder Executivo. Diz Christophe Ricour: “O Processo Civil não apaixona os cidadãos. É um fato. Ele não apaixona nem os políticos nem a imprensa.” (**La réforme du code de procédure civile autour du rapport Coulon**, Loïc Cadiet et alli, Dalloz, 1997, p. 6)

Trata o processo Civil francês de regras objetivas e funcionais, despreocupadas com o tecnicismo e visando sobretudo ao “acesso à justiça” e à “efetividade do processo”. Essas e outras peculiaridades veremos no correr deste trabalho.

Para efeito de compreensão mais fácil, tomaremos como referência, só para introduzir o leitor no espírito do Processo Civil daquele país, o rito comum diante de um Tribunal de Grande Instância (que é a regra), de formação colegiada. Assim, verificado se um litígio é da competência desse (sabendo-se, no entanto, que ele é somente um dos vários tipos de órgãos jurisdicionais de 1ª instância - v. a respeito nosso livro **A Justiça da França**), o presidente do Tribunal de Grande Instância (TGI) distribui o processo para uma das câmaras; o processo começa com a citação do réu; este último remete sua defesa e provas documentais ao autor pelo correio; o juiz presidente da câmara verifica se o processo é complexo; caso o seja, designa um dos juízes da câmara como juiz da instrução; caso não seja complexo, o presidente da câmara determina que o processo siga um dos dois circuitos: ultra curto ou curto (que serão vistos no item próprio); o juiz da instrução conduz a coleta de provas e, entendendo estar bem instruído o feito, decide pelo encerramento da instrução; indo o processo para o colegiado (câmara), é designada audiência de debates orais; ao final dos debates, o colegiado se reúne em sessão secreta para julgar, já ficando marcada a data para a audiência de leitura da sentença; essa audiência de leitura da sentença é pública ou acontece em segredo de justiça, de acordo com o tipo de processo.

Há variantes e exceções a essa regra, que o leitor verificará no correr do texto. A proposta deste estudo não é esgotar o tema

Processo Civil, mas simplesmente mostrar para os estudiosos do Direito Processual de língua portuguesa algumas peculiaridades do Processo Civil francês.

## 2. NOTAS HISTÓRICAS

Para efeitos didáticos, dividiremos a história do Processo Civil em 4 tempos: a) o período anterior à Ordenança de 1667; b) o período que vai da Ordenança até o Código de Processo Civil de 1806; c) o período que intermedeia 1806 e 1975 (considerada a data do NCPC - Novo Código de Processo Civil). Loïc Cadiet, em **Droit Judiciaire Privé**, Litec, 1998, considera, entretanto, somente dois momentos importantes na história do Processo Civil francês: 1806, com a edição do Código de Processo Civil e a década de 1970, com a edição dos quatro decretos que formaram o Novo Código de Processo Civil (**Nouveau Code de Procédure Civile**, conhecido como NCPC).

R. C. van Caenegem, em **Uma Introdução Histórica ao Direito Privado**, Martins Fontes, 1995, p. 42/45, diz sobre os “*coutumiers*” franceses da Idade Média: “A mais célebre das obras consuetudinárias francesas (*coutumiers*) do século XIII é a de Philippe de Beaumanoir, a **Coutumes de Beauvaisis**, escrita por volta de 1279-83. O autor, um membro dos tribunais reais, era antes de tudo um praticante, mas provavelmente possuía formação universitária. Sua clara e informada avaliação aborda tanto o direito consuetudinário de Beauvaisis quanto os costumes de Vermandois e de Paris. Ele também examina a jurisprudência, em particular as do Parlamento de Paris, e o direito erudito, tanto romano quanto canônico. Beaumanoir foi o iniciador de um gênero, e sua tentativa de formular e sistematizar ao mesmo tempo as normas consuetudinárias foi muito bem-sucedida. Sua obra foi escrita em francês e podia ser usada na prática jurídica cotidiana. Ela ajudou a divulgar a terminologia, os princípios e a doutrina jurídica do direito erudito junto a um vasto público.

Duas outras obras importantes sobre o costume surgiram no fim do século XIV. A primeira tratava essencialmente do “*Coutume de Paris*”, e a segunda do direito consuetudinário do Norte.

Jacques d'Ableiges, que era o bailio do rei em várias regiões, foi o autor de uma, concluída por volta de 1388, conhecida como **Grand Coutumier de France**. O título, dado em época mais recente, é equivocado: d'Ableiges não aborda o direito consuetudinário francês em geral (a variedade de costumes fazia com que isso fosse impossível), mas sim com o “*Coutume de Paris*” e das áreas circunvizinhas, que iria mais tarde desempenhar um papel importante na formação do direito comum francês. Suas fontes eram a jurisprudência do Châtelet (tribunal de primeira instância de Paris) e a do Parlamento de Paris, mas também versava sobre sua própria experiência jurídica. Sua obra exerceu uma grande influência.

Jean Boutillier era também um grande agente do rei, exercendo sua função, entre outros lugares, em Tournai, na época um burgo real francês, como conselheiro e magistrado. Sua **Somme Rurale**”, que data provavelmente de 1393-6, foi concebida como um exame das leis consuetudinárias do Norte da França, e, ao mesmo tempo, como uma introdução ao direito erudito, destinada ao leitor comum, sem formação universitária. A intenção do autor de escrever uma obra de popularização já está implícita no título **Somme Rurale**, que sugere uma obra geral acessível ao público de origem rural. O fato de o livro ter sido escrito em francês coloca-o num lugar à parte entre os tratados eruditos da época, nos quais o uso do latim era de rigor.

Boutillier usou as fontes do direito romano e do canônico, e também a jurisprudência com a qual estava familiarizado, não apenas por causa de sua própria experiência como ainda pelas consultas feitas aos registros dos tribunais superiores de justiça, em particular o Parlamento de Paris. Essa introdução ao direito erudito em vernáculo mostrou-se útil e popular. Como o direito consuetudinário examinado na obra de Boutillier estava próximo do dos Países Baixos, não é de surpreender que ela tenha alcançado sucesso também aí, e tenha sido logo impressa e, pouco depois, traduzida para o holandês.”

Falando sobre os comentadores franceses da época moderna, diz: “No século XVI a tradição dos “*coutumiers*” continuou. Atingiu

seu ponto mais alto com a obra de Charles Du Moulin (+ 1566), o mais eminente comentador erudito do direito consuetudinário francês. Du Moulin era especialista em direito romano, ao qual consagrou várias obras originais que atestam sua qualidade como romanista. Mas seus principais estudos foram dedicados ao direito consuetudinário; seu grande projeto era desenvolver os princípios do “*Coutume de Paris*” e chegar a uma unificação do direito consuetudinário francês.

O significado da opção fundamental de Du Moulin só pode ser avaliado quando se consideram as relações entre o direito consuetudinário e *ius commune* em outros países no mesmo período. A Alemanha e a Escócia haviam optado pela introdução do direito erudito. Em princípio, esta solução deveria trazer as mesmas vantagens para a França, pois a técnica jurídica do direito erudito era sem dúvida superior à do direito consuetudinário e, nos territórios meridionais do reino, o direito escrito era amplamente usado. Du Moulin, no entanto, opôs-se à adoção do direito romano como direito comum da França, pois estava convencido da necessidade de um direito francês unificado e pretendia basear tal unificação nos estatutos e costumes do reino.

O direito comum francês devia ser constituído não com base no direito erudito (o *ius commune* europeu), mas no acervo comum de costumes franceses: “*consuetudines nostrae sunt ius commune*” (uma frase de seu *De feudis*, de 1539). As reservas de Du Moulin em relação ao direito romano eram essencialmente políticas: o direito romano era o direito “imperial” e, na época de Du Moulin, o Sacro Império Romano dos Habsburgos era o mais temível inimigo da França. A essa objeção de princípio, acrescentavam-se outras objeções jurídicas: os costumes eram confessadamente imperfeitos, mas o próprio direito romano não podia reivindicar a perfeição.

A obra da escola humanista tornara possível ver que o *Corpus iuris* era o produto da história humana, e agora os juristas estavam conscientes de seus defeitos. Os humanistas eruditos tinham também mostrado o quanto ele era mal-entendido pelos comentaristas medievais, cuja autoridade era ainda altamente aceita no

século XVI. Budé fez uma lista desses erros de interpretação no seu **Annotationes in XXIV libros Pandectarum** (1508). Donellus (+1591) em seu **Commentarii de iuri civili** de 1589-90, chegou a expressar sérias reservas em relação à qualidade das compilações de Justiniano. E se o direito romano não era a expressão perfeita, intrinsecamente superior, da razão universal, por que deveria a herança do direito francês ser sacrificada por sua causa?

Outro jurista francês, François Hotman (+1590), huguenote e adversário do absolutismo, também se exprimiu no mesmo sentido. Seu **Anti Tribonianum sive dissertatio de studio legum**, de 1567, é ao mesmo tempo um ataque virulento ao direito romano e um arrazoado em favor da unificação do direito francês, baseado nos costumes nacionais, estudado com a exatidão do jurista erudito e enriquecido pela doutrina jurídica medieval. A principal obra de Du Moulin foi seu comentário sobre o **Coutume de Paris**. O texto do “*Coutume*” fora publicado em 1510, e a importância da obra de Du Moulin está ilustrada pelo fato de que as principais modificações e correções feitas na época da “reforma” do “*Coutume*” derivaram de seu comentário crítico. Du Moulin escreveu também **Notae solemnes** (1557) sobre o costume de Paris e de outros lugares. Ele sempre conservou a esperança na unificação do direito consuetudinário francês, algo que nunca se realizou.

Entre outros renomados comentadores eruditos dos costumes franceses, devemos mencionar Bernard d’Argentré (+1590), comentador do costume da Bretanha; Guy Coquilli (+1603), que comentou o costume de Nivernais e escreveu uma **Institution au droit des Français** (1607), em que expunha os princípios gerais do direito francês; e Antoine Loisel (+1617), autor do mais influente **Institutes coutumières**. Loisel tentou separar e ordenar sistematicamente os temas e os elementos comuns aos vários costumes e, com essa finalidade, referiu-se principalmente ao **Coutume de Paris**. Se a obra desses autores sobre os costumes ilustra quanto progresso fora feito desde os primeiros esboços e projetos do século XIII, mostra também como foi grande a contribuição dada à literatura consuetudinária através dos séculos, pela erudição baseada no **Corpus iuris**.

Diz José Carlos de Matos Peixoto, em **Curso de Direito Romano**, tomo I, Renovar, 4ª edição, p. 161/162: “França. Neste país a legislação justiniãnea somente foi conhecida no século XII, exceto o Epítome das Novelas de Juliano (n. 75, I), que o foi no século IX. Antes disso, seguia-se, além do direito clássico, o Código Teodosiano, que era a legislação em vigor ao tempo em que a Gália se separou do Império Romano. Aliás, a legislação romana não se aplicava a todo o território da antiga França, que, desde o século VI aos princípios do século XIX, se dividia, quanto ao direito vigente no país, em duas regiões: região do direito costumeiro, fortemente impregnado do elemento germânico, ao norte, e região do direito escrito ou romano, ao sul. Tem-se dito que essas regiões eram delimitadas pelo curso do Loire, mas na realidade a região do direito costumeiro avançava ao sul desse rio, podendo-se, grosso modo, separá-la da outra por uma linha que, partindo da extremidade sul do franco-Condado, nas vizinhanças de Genebra, se prolongasse até a embocadura do Charenta, no Atlântico.

A região do direito costumeiro compreendia cerca de três quintos da França; os outros dois quintos formavam a região do direito escrito, aliás acrescida em 1648 com a anexação da Alsácia pelo Tratado de Vestfália. A origem desta divisão do território francês tem causas históricas. Os romanos conquistaram e latinizaram o sul da Gália mais cedo do que as outras partes; além disso, os bárbaros que depois ocuparam esta região foram os visigodos e os burgúndios, já meio romanizados. Era, pois, natural, que aí se enraizasse mais profundamente o direito romano. Por outro lado, os francos, provenientes da Germânia, apesar de terem conquistado toda a Gália, quase ocuparam somente o norte dela; e, como conservaram melhor que outras nações bárbaras os seus costumes primitivos, nessa parte persistiu mais tenazmente o direito costumeiro; entretanto, aí mesmo o direito romano era admitido como subsidiário.

A fisionomia jurídica das duas regiões da França era, pois, bem diferente desde o século VI: o sul era romano; o norte, quase germânico. Esse *regímen* perdurou em linhas gerais até a data em que começaram a vigorar as trinta e seis leis reunidas,



sob o título de Código Civil dos Franceses, pela lei de 21 de março de 1804, cujo artigo 7 ab-rogou desde aquela data as leis romanas, os costumes, ordenações e estatutos concernentes à matéria regulada no dito código. Mais adiante, no seu livro, o referido autor, tratando dos glosadores, destaca a figura de Placentin, que “fundou a escola de direito de Montpellier, a primeira da França, e entre outras obras escreveu, com espírito científico e profundo conhecimento das fontes, um *Summa* do Código e outro das Institutas”. (p. 174). Em passagem subsequente, já tratando dos pós-glosadores, fala em Jacques de Revigny, “professor da escola de direito de Orléans, foi o primeiro a aplicar o novo método. Dialético sutil e espírito independente, rebela-se contra a autoridade da Glosa e do *Corpus Civilis*” (p. 179). Posteriormente, surge a chamada escola culta ou elegante, que, “no século XVI começa nova era para o estudo do direito romano” (p. 182), dizendo o ilustre autor, linhas adiante, que: “O mais ilustre representante dessa escola é o jurisconsulto francês Cujácio (1522-1590), que lecionou principalmente em Bourges e Valença e cujo nome, no dizer de Rivier, domina a ciência jurídica da Renascença”.

Antônio M. Hespanha, em **Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia**, Publicações Europa-América, 1997, p. 86, destaca a contribuição do Direito Canônico “em matéria processual, na promoção da composição amigável e da arbitragem”. Moacyr Amaral Santos, em **Direito Processual Civil**, volume I, Max Limonad Editor, 1965, p. 70/71, fala do Processo Civil francês como quem colheu informações de fontes distantes: Da península itálica o processo comum, ou romano-canônico, expandiu-se, paulatinamente, pelos mais diversos países da Europa.

Não tardou, nem foi das mais difíceis a penetração desse Direito em França. Aí, aliás, o Direito romano se mantivera vigente, sem embargo das invasões, em vastas regiões do sul do país (*patria iuris scripti*), onde, na Universidade de Montpellier, um dos mais ilustres glosadores, discípulos de Irnério, Placentino, já no século XII, lecionava aquela disciplina. Mesmo nas regiões do norte (*patria iuris consuetudinari*), que se regiam pelo Direito

germânico, estranhas não eram as instituições processuais romanas, principalmente porque de aplicação nos tribunais da Igreja.

Conquanto as duas tendências, romana e germânica, disputassem o predomínio, a política de concentração dos poderes nas mãos do rei, pela submissão dos senhores feudais, em proveito da unidade do país, conferia ao Parlamento de Paris a função de órgão central da jurisdição. E nessa função o Parlamento, vagarosa, mas com firmeza, foi instituindo um processo próprio, na substância romano-canônico, mas impregnado de elementos germânicos. Como base no processo assim formado foram surgindo as ordenanças régias a partir do século XIV, a mais importante das quais, a Ordenança Civil de Luís XIV, de 1667, iria fornecer as linhas-mestras do Código de Processo Civil francês, de 1806, o qual, embora com não poucas modificações, ainda vige em França. Abolindo solenidades e formalidades inúteis do processo romano-canônico, o Processo Civil francês se pauta pela simplicidade, pela oralidade e publicidade dos atos, pelo princípio dispositivo acomodado ao papel preponderante do juiz, como órgão do Estado, especialmente na admissão e produção das provas, por ele livremente apreciadas.

Condensando, na sua época, a mais perfeita sistematização das leis processuais, e também porque amparado no prestígio napoleônico, o Código de Processo Civil francês serviu de modelo aos da Bélgica, da Holanda, da Grécia, da Rússia, e de outros povos, ou de fonte aos de outros, como o da Itália, de 1865, influenciando mesmo sobre o Processo alemão.

Marcel Planiol, no seu **Traité Élémentaire de Droit Civil**, Librairie Cotillon, 1904, p. 21, diz da Ordenança de 1667: “Obra de Colbert. Sob Louis XIV, houve uma tentativa mais séria de codificação. Colbert havia certamente concebido esse projeto e ele fez chegar suas idéias ao rei. Nomeou-se uma Comissão composta exclusivamente de Conselheiros de Estado e de operadores do Direito, que Louis XIV presidiu algumas vezes pessoalmente. Louis XIV e Colbert, que não tinham simpatia pelo Parlamento de Paris, o haviam cuidadosamente mantido afastado dos seus trabalhos, mas os comentários chegaram até os magistrados, estes encarregaram

seu presidente, Guillaume de Lamoignon, de levar ao rei um projeto semelhante fingindo ignorar o que estava em andamento; a magistratura se fez assim associar à preparação das Ordenanças.

A primeira reunião teve lugar no Louvre em 25 de setembro de 1665. Foi desses trabalhos que surgiram as grandes Ordenanças de Colbert, que são verdadeiros Códigos, [...] essas Ordenanças são as seguintes: Ordenança de abril de 1667, dita “*Code Louis*” ou “*ordonnance civile*”, algumas vezes “*Code civil*”, mas que trata unicamente do Processo Civil...

Loïc Cadiet, p. 26/30, traça, de forma objetiva e com grande conhecimento do assunto, toda a evolução do Processo Civil francês até chegar à época pouco anterior à edição do NCPC (**Nouveau Code de Procédure Civile**): “A época da antiga codificação não se reduz a alguns anos ou decênios próximos a 1806. O ano da promulgação do Código de Processo Civil é simbólico, certamente. Mas essa codificação não é o fruto de uma geração espontânea e certas disposições do Código de 1806 estão ainda em vigor. É necessário então apresentar a gênese desse Código, no período anterior a 1806, antes de se perquirir sobre seu destino, no período posterior a 1806.

O período anterior a 1806 não forma um bloco único, sem dúvida. Com o amadurecimento do antigo Direito sucederam os sobressaltos do Direito intermediário. No curso do Antigo Regime, o Processo Civil conheceu uma longa e lenta evolução “cujas marcas revelam tanto as marcas da História”. Descubrem-se aí os traços das influências franca, feudal e romano-canônica, desde (sobretudo) o selo real da política centralizadora dos Capetos em geral, desde Philippe Auguste que “institui” a Justiça, e de Louis XIV em particular, que deu à França seus primeiros Códigos: a Justiça é um atributo da soberania. A justiça se constrói com o Estado; a história do Processo Civil participa plenamente, dessa forma, da história do Direito Público. Certos traços do antigo Direito Judiciário são a origem direta do Direito Judiciário moderno.

Notadamente, é ao Processo Canônico que se deve o sistema de provas legais, com o recurso aos procedimentos de interrogatórios que se substituem aos duelos judiciais do período feudal

e que suscita o desenvolvimento de um procedimento escrito que coexistirá com o procedimento oral, acusatório e consagrando o contraditório herdados dos períodos franco e feudal. No curso do Antigo Regime, a política judiciária da realeza terá como principal objetivo racionalizar o procedimento melhorando o desenrolar da ação e reduzindo seu custo, considerado oneroso demais pelos jurisdicionados. A criação dos Tribunais do Comércio é uma bela demonstração disso. É necessário mais particularmente sublinhar a importância durável que teve sobre a evolução posterior da matéria a Grande Ordenança real de 1667 sobre o Processo Civil. Realizada por Colbert, que associou o Parlamento (Tribunal de 2ª Instância) de Paris e seu presidente, Lamoignon, somente à última etapa dos trabalhos da comissão instituída por ele, essa Ordenança constitui, verdadeiramente, uma primeira codificação do Processo Civil, ordenado segundo um plano lógico a partir do procedimento de ação, desde seu início pelo ajuizamento até a execução das sentenças, na qual se baseará largamente o legislador napoleônico. A influência, todavia, por importante que seja, não deve ser exagerada.

O Direito pós-revolucionário não reproduziu todas as soluções do antigo Direito. Numa parte importante, ele se formou mesmo em oposição ao antigo Direito do qual ele repudiou certos princípios ou certas práticas. Sonha-se seguramente com uma Justiça única e pública que o Direito moderno substituiu em detrimento das múltiplas Justanças, senão privadas, pelo menos vendáveis que caracterizavam a (des)ordem judiciária do Antigo Regime. Mas é necessário lembrar-se também da muito viva reação face aos Paramentos do Antigo regime, de sua famosa equidade e do perigo que representava seu poder político. O Direito Judiciário pós-revolucionário foi muito largamente elaborado com um espírito de desconfiança contra os juizes. Certos artigos do Código Civil testemunham isso e esses estigmas hipotecam ainda o debate contemporâneo sobre a autoridade da instituição judiciária. Antes de ser consagrada nos Códigos napoleônicos, essa reação se fará sentir desde o começo da Revolução. A Revolução, sabe-se, tem limites imprecisos. Faz-se ela partir da Bastilha, quando seria mais cor-

reto fazê-la começar com a Constituinte; faz-se ela terminar com Napoleão, pelo menos para os juristas. Para estes últimos, com efeito, o Direito intermediário se inicia com as reformas de 1790 e acaba com as codificações napoleônicas que prendem o episódio revolucionário e seus múltiplos sobressaltos.

Do ponto de vista do Direito Judiciário essa cronologia é particularmente utópica, pois que, se tem, de um lado, o Decreto de 16 e 24 de agosto de 1790 sobre a organização judiciária e, de outro, o Código de Processo Civil adotado em 1806. Se se quer medir a influência do direito intermediário na história do Direito Judiciário, convém sublinhar que o decreto de 1790 rompe muito mais com o antigo direito do que o Código de 1806. Mesmo se um grande número de inovações revolucionárias terão durado apenas um tempo (a eleição dos juízes e o apelo circular, de 1790 ao ano VIII, a arbitragem obrigatória de 1790 ao ano IV, ver a supressão dos “*avoués*” e do procedimento, do ano II ao ano VIII), a Revolução atingiu ainda a organização judiciária com regras de procedimento.

O Código de 1806 não só conservou o título da Ordenança de 1667; ele igualmente retomou em grande parte suas regras, completadas por empréstimos da prática do Châtelet de Paris, ou de suas lacunas. Os redatores do Código de Processo Civil, que eram membros ou auxiliares da justiça do Antigo Regime, não conseguiram se desfazer das antigas regras; eles tiveram a tendência de reproduzir o procedimento longo, formalista e oneroso do antigo Direito. Verdadeiramente, pretendiam eles realmente se desfazer dele? Os trabalhos preparatórios e as exposições de motivos do Código sugerem que seu conservantismo era também uma escolha política e a anarquia judiciária engendrada pelo Decreto de 3 do brumário do ano II não influiria em nada nessa medida de prudência. E além disso, tudo não era negativo.

É ao Código de 1806, como um tipo de síntese da tradição do antigo Direito e de certas inovações do Direito intermediário, que se deve a instituição de uma Justiça de proximidade caracterizada por um procedimento oral, acusatório e de caráter contraditório assim como a edição dos princípios de motivação e

publicidade das sentenças. O Direito Judiciário Privado somente evoluirá realmente no curso do século XIX. Colocada à parte a instituição da assistência judiciária, em 1851, e uma regulamentação quase interrompida do estatuto dos auxiliares da justiça (com, notadamente, a lei de 1º de dezembro de 1900, todo um símbolo, abrindo para as mulheres acesso à advocacia), a legislação judiciária restou a mesma, com poucas modificações, até o primeiro quartel do século XX. Esse século de estabilidade é no entanto enganoso. O princípio de uma reforma geral do Código de Processo Civil tinha adquirido desde a metade do século XIX e, de fato, de 31 de março de 1851, data da apresentação de um primeiro projeto pelo governo da época, até o período contemporâneo, comissões atuavam regularmente para realizar essa revisão. Nenhuma reforma de conjunto surgirá desses trabalhos. Em compensação, numerosos textos sobre assuntos específicos serão regularmente promulgados a partir dos anos 1920-1930. É verdade que os primeiros comentadores do Código são clássicos: assim o primeiro dentre eles, Pigeau, de quem se sabe que já era jurisconsulto na época do Antigo Regime e que ele foi um dos redatores do Código. Seus sucessores não serão importantes fatores de evolução.

A efervescência doutrinária em Direito Judiciário parece quase nula; a grande doutrina do século XIX é civilista. É que, ao contrário do Direito civil, as regras processuais, novas na sua forma, são antigas no seu conteúdo: não há Código a se aclimatar à nova sociedade. Será necessário que um século transcorra antes que a doutrina processualista se transforme progressivamente sob a influência de autores como Japiot, Vizios e Morel. As duas evoluções, a legislativa e a doutrinária, são ligadas. É em 1927 que Vizios dá a lume suas *“Observations sur l’étude de la procédure civile”* (que se encontrará em *Études de procédure*, Bière, Bordeaux, 1956, coletânea póstuma de suas obras) e em 1934 é instituída uma comissão de revisão do Código de Processo Civil cujos trabalhos se dedicarão, notadamente, à feitura do Decreto-lei de 30 de outubro de 1935 criando o juiz encarregado de seguir o procedimento, longínquo ancestral do atual juiz de instrução.

Dos trabalhos dessa comissão saíram outros textos, alguns muito importantes, relativos à penhora de imóveis (Decreto-lei de 17 de junho de 1938), à apelação à execução provisória, ao comparecimento pessoal das partes (Lei de 23 de maio de 1942), à perícia e ao procedimento de jurisdição voluntária (Lei de 15 de julho de 1944), ou às medidas conservatórias. É a partir desse momento que se concretizam, progressivamente, as condições que conduzirão à segunda codificação. Mas esse segundo tempo só começará verdadeiramente em 1958, com as novas instituições da V República.

Loïc Cadiet, ob. cit., p. 32/33, explica que o texto fundamental do Processo Civil é o Novo Código de Processo Civil, resultado do trabalho de uma Comissão instituída em 1969, sendo que, através de quatro sucessivos Decretos (números 71-740 de 9 de setembro de 1971, 72-684 de 20 de julho de 1972, 72-788 de 28 de agosto de 1972 e 73-1122 de 17 de dezembro de 1973) o Executivo batizou como sendo o NCPC com a reunião desses textos num corpo único, através do Decreto número 75-1123 de 5 de dezembro de 1975, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1976. Quanto à parte de execução, fala-se em editar um Código autônomo, o que, no entanto, não acontece. Coexistem com o NCPC regras do Código de Processo Civil de 1806, que são os artigos: 505 a 516, 673 a 748, 749 a 779, 832 a 838 e 941 a 1002, além da Lei de Organização Judiciária e umas tantas legislações esparsas.

### **3. CARACTERÍSTICAS DO PROCESSO CIVIL FRANCÊS**

#### **3.1 - O Processo Civil só é referência para as jurisdições civis**

Há que se distinguir, de início, o Processo Civil (aquele que diz respeito às jurisdições civis) do Processo Administrativo (aquele que diz respeito às jurisdições administrativas) e do Processo Penal (relacionado com a Justiça repressiva). No entanto, é de se notar que os limites entre as Justiças Administrativa e Civil não são tão claros, pois, em alguns casos, as questões que, por uma razão lógica, seriam da competência das jurisdições administrativas, são julgadas por algum órgão jurisdicional comum (civil).

Entretanto, deve ficar claro que o NCPC (diploma básico do Processo Civil) somente se aplica às jurisdições civis (tribunais).

nais de grande instância, tribunais de instância, tribunais do comércio, jurisdições trabalhistas, tribunais dos processos de seguridade social, jurisdições da incapacidade, tribunais paritários dos arrendamentos rurais, jurisdições para menores, Cortes de Apelação e Corte de Cassação), enquanto que as jurisdições administrativas têm suas normas processuais próprias, o mesmo se dizendo das jurisdições penais, isso sem contar as jurisdições separadas (Conselho Constitucional e Alta Corte de Justiça).

Segundo a Enciclopédia do Advogado - Leib Soibelman: “Contencioso administrativo. (dir. adm.) Designa-se assim o direito de a administração julgar os seus próprios atos dando às suas decisões o caráter de coisa julgada. Nos países que o admitem, a administração é juiz e parte ao mesmo tempo, pois as questões entre ela e o particular são decididas em tribunais que fazem parte da administração. No Brasil já existiu esta forma de controle, no tempo do Império, quando havia o Conselho de Estado, encarregado de solucionar conflitos entre as autoridades administrativas e judiciárias. O contencioso é originário da França, por ocasião da grande revolução (1789), e devido aos preconceitos contra a ação dos tribunais no antigo regime proibiu-se radicalmente a interferência deles na administração. V. Paramentos. No Brasil não existe uma justiça administrativa, sendo o controle dos atos da administração feito pela justiça comum. B. - Themistocles Brandão Cavalcanti, Tratado de direito administrativo, IV, Ed. Freitas Bastos. Rio, 1956.” E: “Justiça penal. Conjunto de órgãos do Poder Judiciário encarregados da condução e julgamento dos processos penais. Órgãos do Poder Judiciário incumbidos de efetivar o procedimento e a ação penal (\*), viabilizando ou não, conforme seja o caso, que o Estado exerça o direito de punir, que é exclusivamente seu. Justiça que decide uma relação de direito penal. (\*) - Menciona o autor no verbete ação penal que alguns autores separam ação penal e procedimento penal alegando que aquela se destina a obter uma sentença penal e este compreende todos os atos que tornam possível a intervenção do juiz. (verbo escrito pelo atualizador)”.



### 3.2 - O problema do nome da disciplina

Não é muito usual a expressão “*Procès Civil*”, mas sim “*Procédure Civile*”, pois se considera, com certa má-vontade, a ideia de que a “*Procédure Civile*” se trata de uma “ciência”.

Serge Braudo, no seu **Dictionnaire du Droit Privé**, publicado na Internet, diz, quando trata da expressão jurídica “*procédure*” que:

*“Pode-se consultar un curso de **procédure civile** da Professora Bérouton diretamente no endereço do site da Universidade Saint-Étienne.”* Pois bem, consultando esse curso na Internet, pudemos verificar que não se estudam ali simplesmente os “procedimentos”, mas adentra-se pelas noções de Processo Civil como verdadeira ciência.

*Nota-se, em resumo, que os juristas franceses sequer chegaram a um consenso quanto ao nome da disciplina, que uns chamam de **procédure civile**, outros de **procès civil** e outros de **droit judiciaire privé**, enquanto que outros ainda diferenciam as três coisas como sendo totalmente diferentes. Loïc Cadiet, ob. cit., que prefere a expressão **droit judiciaire privé**, diz que “a opinião dominante parece ser que se a expressão **droit judiciaire privé** é a mais exata sob o ponto de vista científico, mas duas razões práticas devem conduzir a recusá-la e a preferir o nome consagrado de **procédure civile**”.(p. 15/16).*

### 3.3 - Aversão quase geral ao caráter científico do Processo Civil

Muitos juristas franceses entendem que o Processo se resume a procedimento, não merecendo o *status* de ciência.

Esclarece a **Enciclopédia do Advogado** - Leib Soibelman: “Processualismo. (dir. prc.) Corrente moderna do direito processual que se opõe ao procedimentalismo, encarando a ação como distinta do direito material, como categoria processual autônoma e instituto dominante da teoria do processo. Inicia-se em 1856 com o trabalho de Windscheid sobre **A ação de direito civil romano do ponto de vista do direito atual**, seguido em 1868 pela obra de Oscar Von Bulow sobre **A teoria das exceções processuais e os pres-**

**supostos processuais**, culminando com a palestra de Chiovenda em 1903, na Universidade de Bolonha, sobre “A ação no sistema dos direitos”. B. - Santiago Sentís Mellendo, **Teoría y práctica del proceso**, I. Ejea ed. Buenos Aires, 1959.”

Para os juristas franceses o processualismo é interesse de uma minoria mínima, quase inexistente.

Jean Vincent e Serge Guinchard, em seu **Procédure Civile**, Dalloz, 1996, p. 1, mostram o conceito em que se tem geralmente o Processo Civil na França: “O Procedimento Civil, alguns preferem falar Direito Judiciário Privado, é um pouco a criança terrível da família jurídica, em todo caso este que não tem sempre boa reputação: disciplina árida e complexa ela seria apanágio dos advogados mesquinhos, daqueles de quem se diz que utilizam precisamente todas as armas do procedimento porque sua causa é sem razão.”

Assim, trata-se o Direito do Processo como mero procedimento.

A justificativa dada é a experiência que viveram com a supervalorização do Processo no começo do século, gerou o abuso, a chicana...

O Código de Processo Civil francês não é dos mais técnicos que existem. Aliás, é corretíssima a afirmativa de Eliézer Rosa: “O Direito Processual, como sistema, tem início na Itália com Chiovenda.” (**Capítulos de História do Direito Processual Civil Brasileiro**, Editora Rio, 1975, p. 25). O Processo Civil na França é tão pouco valorizado que o exame de acesso aos Centros de Formação Profissional dos Advogados não tem prova obrigatória de Direito Processual.

No entanto, há processualistas que, apesar de reconhecerem a aridez da matéria e o desinteresse dos estudantes, procuram dar ares de ciência ao Processo Civil francês, como é o caso de Hervé Croze, que afirma estar o desinteresse pela matéria sendo superado pela publicação recente de numerosas obras e que existe uma “tentativa generosa e intelectualmente inevitável de construir um Direito Processual”. (ob. cit. p. 2). Poucos juristas cuidam da chamada Teoria Geral do Processo na França. Um deles é Pascal Labbé, que escreveu um livro interessante chamado **Introduction**

au **Droit Processuel**, publicado por Presses Universitaires de Lille, editado em 1995.

### 3.4 - As fontes

Loïc Cadiet, ob cit., p. 26/38, menciona como fontes do Processo Civil francês: a) leis para o caso de “questões de instituição judiciária e, mais precisamente, a criação de novas ordens jurisdicionais, o estatuto dos magistrados e as vias de execução”; b) decretos para o caso de “questões de competência judiciária e de processo civil estrito senso”; c) usos e costumes forenses; d) jurisprudência; e) doutrina; f) convenções de Bruxelas de 27 de setembro de 1968 e a de Lugano de 16 de setembro de 1988 (para os litígios de Direito Internacional); g) convenção europeia de salvaguarda dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, sobretudo seu art. 6-1, que tratamos assim no nosso livro **A Justiça da França**: “O artigo 6-1 da Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (publicada na França pelo Decreto nº 74-360 de 3 de maio de 1974) trata de vários temas sob a rubrica ‘o direito a um processo justo’: prazo razoável de duração do processo; publicidade dos atos processuais, inclusive o julgamento; tribunal independente e imparcial; e, na área penal: presunção de inocência; informação detalhada sobre a imputação; concessão de tempo necessário para preparação da defesa; ser assistido gratuitamente por advogado, se for pobre; poder arrolar testemunhas; ser assistido por intérprete, caso não fale o francês. Quanto ao prazo razoável não é fixado com rigor, pois são levadas em conta a complexidade da cada causa e a conduta das partes, o que faz acelerar ou retardar o andamento do processo.”

O que chama mais a atenção é a consideração da doutrina e dos costumes forenses como fontes do Direito Processual Civil. Anota a **Enciclopédia do Advogado** - Leib Soibelman: “Costume. (dir. civ.) Norma não escrita que é observada por haver a convicção de que é necessária para regular uma situação jurídica. Sua força principal hoje vem do seu reconhecimento pela prática dos tribunais (jurisprudência). Pode apresentar as seguintes formas:

*praeter legem* (complementa a lei), *secundum legem* (referido na própria lei) e *contra legem* (contra a lei). Diz-se *consuetudo* abrogatória quando se opõe a uma lei e *desuetudo* quando uma lei é deixada sem uso, é esquecida. V. teoria romano-canônica do costume, uso, moral positivista, costumes escritos, costume de fato e de direito e elementos do costume.”

No entanto, há uma explicação para o fato de o costume ser considerado em tão alta conta, uma vez que, pela própria história do Direito francês, o costume sempre foi tido em alta conta, além de que os franceses, tirante o período da Revolução Francesa, em que reinou o oposto de tudo que antes vigia, nos demais períodos da vida do país o que tem acontecido é uma evolução lenta mas segura, sem se desprezarem as instituições antigas, que muitas vezes se modificam, mas geralmente não se extinguem: é o caso dos costumes.

Quanto à doutrina, veja-se o que mencionamos nas Notas Históricas. Diz Mme Bérroujon no seu **Curso de Processo Civil**, publicado na Internet, quanto à relação dos doutrinadores de Processo Civil que ela considera mais importantes: Duguit, Hauriou, Vizioz, Motulsky, Perrot, Héron, Normand, Guinchard e Cadiet. Acerca da jurisprudência deve-se mencionar que a 2ª Câmara Civil da Corte de Cassação e que tem competência para decidir, nos recursos de provimento de cassação, sobre matéria processual.

### 3.5 - Características do Processo Civil

Os processualistas civis são unânimes quando tratam das características do Processo Civil que são: a) formalismo; b) imperatividade. Explica a **Enciclopédia do Advogado** - Leib Soibelman: “Formalismo jurídico. Formas estabelecidas por lei e que devem ser obedecidas na realização dos atos jurídicos. Solenidades que dão aos atos os seus efeitos jurídicos. Formalidades.” No entanto, existe uma série de exceções à regra geral de formalismo a esse respeito dizendo Jean-Jacques Barbiéri em **La Procédure Civile**, puf, 1995, p. 8/9: “A tendência atual dos redatores do Código é de colocar em prática um formalismo que se deseja eficaz sem ser restritivo em excesso. Existe, assim, uma graduação sensível no formalismo.”

O entendimento quanto às nulidades veio evoluindo com o tempo, segundo a **Enciclopédia do Advogado** - Leib Soibelman: “Sistema das nulidades processuais.(dir. prc.). De nada valeriam as formas processuais se não houvesse uma sanção para a inobservância das mesmas. Daí o estabelecimento de um sistema de nulidades processuais, que variou conforme as épocas e autores, desde o que nulificava totalmente os atos que violassem a lei ou deixava a declaração de nulidade a arbítrio ou eqüidade do juiz, até o moderno entendimento que se funda nos princípios da finalidade e do prejuízo.”

Prevalecem, quanto às nulidades, no Processo Civil francês, as regras de que “não há nulidade sem previsão legal” (*pas de nullité sans texte*) e “não há nulidade sem prejuízo” (*pas de nullité sans grief*).

Quanto à imperatividade das regras e princípios processuais é evidente. No entanto, valem as informações da **Enciclopédia do Advogado** - Leib Soibelman: “Imperatividade do direito. Há juristas que não admitem seja o direito constituído de juízos imperativos. Consideram toda norma jurídica como um enunciado simplesmente indicativo ou descritivo: a certos fatos, correspondem certas conseqüências. A norma não mais seria que uma declaração ao mesmo tempo ôntica (descritiva do fato) e deôntica (o que deve ser) da espécie regulada. Há outros juristas que admitem o caráter imperativo das normas, mas o consideram como um imperativo hipotético e não como um imperativo categórico. Grande parte dos juristas antigos consideravam a norma legal como um imperativo categórico, como um comando obrigatório, mas hoje ela é tida como um imperativo hipotético binado, que liga um prêmio ou uma sanção, conforme o destinatário cumpra ou descumpra o preceito. B. - Miguel Reale, **Filosofia do direito**. II. Saraiva ed. São Paulo, 1953; idem, **Estudos de filosofia e ciência do direito**, idem, idem, 1978.”

### **3.6 - Na sua maioria as normas de Direito Processual são editadas por decretos**

Diz Mme Béroujon no seu **Curso de Processo Civil** publicado na Internet, que: “O Direito Judiciário Privado depende essen-

cialmente dos Decretos (arts. 34/37 da Constituição). Somente o estatuto da magistratura, a criação de novas ordens judiciárias e as vias de execução dependem do domínio das leis.” O NCPC é o resultado de uma série de Decretos e seu texto pode ser consultado no seguinte endereço na Internet: <http://www.artnet.com.br/~lgm/ncpc.htm>.

Em resumo, as regras processuais são editadas pelo Presidente da República, mas sob o controle do Conselho de estado, que é a suprema Corte da justiça administrativa.

### 3.7 - Apego às tradições

As grandes mudanças no Processo Civil francês são raras, valendo a pena citar-se a fala de Serge Guinchard em *La réforme du code de procédure civile autour du rapport Coulon*, Loïc Cadet *et alli*, Dalloz, 1997, p. 83: “Eu creio que o ritmo das reformas do processo Civil, finalmente, não é muito importante, porque grosso modo acontece de 150 em 150 anos: 1667, 1806, os Decretos dos anos 1970 e então talvez em 2100; hoje nós estamos simplesmente num ciclo de pequenas reformas, eu me desculpo perante o presidente Coulon, mas historicamente falando, se se situa dentro de um debate sobre vários séculos, eu creio que as grandes reformas são de 150 em 150 anos e que o período atual é aquele de uma pequena reforma.” Na época desse Congresso de processualistas estava-se em 1997.

Serge Braudo, no seu *Dictionnaire du Droit Privé*, publicado na Internet, diz sobre a *ação*, diferenciando esse conceito do da ultrapassada expressão *instância*, assim: “Na terminologia do Direito Processual, deve-se distinguir ‘ação’ e ‘instância’. A ação é o direito que pertence a uma pessoa de fazer valer uma pretensão acionando a jurisdição a quem a lei atribui competência para conhecer dela. A instância é somente o desenvolvimento dos atos processuais decorrente do acionamento do juiz. Desistir da ação é renunciar definitivamente à pretensão. Desistir da instância que se instaurou é somente encerrar-se o processo sem julgamento do mérito. A desistência da instância permite ao autor preservar seus direitos para o futuro e eventualmente ajuizar outra demanda.”

Institutos antiquados podem ser mencionados como o juramento da parte perante o juiz, podendo ser de dois tipos: decisorio e supletório, bem assim a classificação das ações em: real e pessoal, mobiliária e imobiliária, e possessória e petitória, para efeito de fixação de competência de Tribunal de Grande Instância e Tribunal de Instância.

### 3.8 - Colegialidade como regra na 1ª instância

Serge Braudo, no seu **Dictionnaire du Droit Privé**, publicado na Internet, discorre sobre a colegialidade como sendo a regra geral. Como já afirmado linhas atrás, salvo nos casos em que se adota o sistema de juiz único (Tribunais de Instância e juízes de menores), nos outros casos, como regra geral, se adota a colegialidade.

No nosso livro **A Justiça da França** assim dizemos: “Dos órgãos todos jurisdicionais que mencionamos, cujo número excede a 30, somente dois trabalham no sistema de juiz único: os Tribunais de Instância e os Juízes de Menores. Fala-se em França que toda decisão colegiada tem mais chance de ser acertada. Essa tese é levada às últimas consequências e chega a criar resistência de muitos quando se trata dos Tribunais de Instância e quando outros pretendem que os juízes dos Tribunais de Grande Instância possam trabalhar no sistema de juiz único. As necessidades atuais de simplificação, agilidade e baixo custo financeiro têm trabalhado contra a colegialidade.”

No entanto parece forte o movimento de juristas no sentido de atenuar cada vez mais essa ideia da colegialidade da 1ª instância nos ordenamentos jurídicos, uma vez que, na prática, nos tribunais, o que se vê é o sistema de juiz único funcionando sem questionamento de quem quer que seja.

A nível de doutrina sabe-se que o tema “juiz único” empolga os juristas, conforme se vê, por exemplo, no livro intitulado **Les juges uniques - dispersion ou réorganisation du contentieux?**, que é uma coletânea de vários artigos, de autores diversos, dentre os quais Loïc Cadiet, da Editora Dalloz, ano 1996, onde, no “anteprojeto” de Philippe Pedrot, se lê: “esse

fenômeno de proliferação dos juízes únicos não é seguramente estranho a essa mutação quantitativa da Justiça” (p. 1) e “a lei de 8 de fevereiro de 1995 mais uma vez reforçou o apelo ao juiz único” (p. 2). Nesse mesmo livro, vê-se o artigo de Loïc Cadiet como extremamente informativo, quando diz: “se o juiz único tem uma pátria, essa pátria é o sul da França” (p. 5); citando Jean Vincent, que disse 20 anos atrás: “o juiz único está se transformando, sob as qualificações mais diversas, em uma das peças essenciais da estrutura judiciária do nosso país. [...] Produziu-se, desde há trinta anos, nos diversos contenciosos, uma proliferação, dir-se-ia quase avassaladora de juízes únicos” (p. 5); citando Roger Perrot: “será bem arriscado profetizar o que será a Justiça do futuro. Mas há condições de pensar que o juiz único, após firmar pé no seu espaço, prosseguirá sua marcha adiante” (p. 6); Cadiet desenvolve seus esclarecimentos: “O juiz único não é certamente desconhecido na tradição judiciária francesa. O juiz dos *référés*, cujas raízes se encontram no terreno rico do antigo Direito (1685), é dele a manifestação mais clara. Mas é necessário dizer também das figuras posteriores do juiz de paz (1790) e do juiz das ordens (1858) em matéria civil, do juiz comissário em matéria comercial (1807), do juiz de instrução em matéria penal (1856), além do conselheiro delegado em matéria administrativa (1926).” [...] “Apareceram em matéria civil o juiz das tutelas (1964), o juiz da instrução (1935-1965-1971) e seus sucedâneos como o juiz relator do Tribunal do Comércio ou o conselheiro relator da Justiça Trabalhista, o juiz das causas de casamento (1975), depois, em dois tempos, o juiz da execução (1972-1991). É igualmente em matéria civil que foi admitida, desde o início dos anos 1970, a possibilidade, pelos presidentes dos Tribunais de Grande Instância, de decidir que um processo, salvo se disciplinar ou de estado das pessoas, seria julgado por um único juiz (1970)” (p. 7); continua: “o juiz único ganha terreno em todos os tipos de jurisdição: de direito comum e de exceção, e em todos os terrenos da atividade jurisdicional: jurisdição voluntária ou contenciosa, matéria de mérito bem como preparatória ou provisória” (p. 8).



### 3.9 - Tentativa de modernização

Para quem está acostumado com Códigos de Processo Civil mais elaborados, cientificamente falando, o NCPC francês surpreende pela pouca qualidade técnica. Mas Loïc Cadiet, ob. cit., p. 39/41, elogia as qualidades do novo Código: a) qualidades de forma: clareza, simplicidade e concisão; b) qualidades de fundo: renovação, principalmente com o equilíbrio entre as prerrogativas das partes e os poderes do juiz; simplificação, graças à supressão de inúmeros particularismos; c) flexibilização para adaptação da velocidade dos procedimentos de acordo com o tipo de solução de que as partes necessitam.

Diz Mme Bérouton no seu **Curso de Processo Civil**, publicado na Internet, tratando do direito de ação, menciona que o próprio NCPC, no seu art. 30, tenta definir “ação” nos seguintes termos: é “o direito, para o autor de uma pretensão, de ser ouvido sobre o mérito dessa pretensão a fim de que o juiz diga se ela tem ou não procedência. Para o réu, a ação é o direito de discutir a procedência dessa pretensão”. Esclarece a ilustre professora que: “a ação não deve ser confundida com a demanda”; que “não se deve confundir a renúncia ao direito de ação com a renúncia a uma demanda já ajuizada”; que “o direito de agir não deve ser confundido com o direito material”; que “o direito de ação pode ser considerado como um direito subjetivo autônomo”. Cita ela dois conceitos, um de Demolombe: “a ação é o direito em pé de guerra” e de Garsonnet: “a ação não é outra coisa que o próprio direito”. Tratando da demanda, diz que se ajuiza uma demanda por uma das seguintes formas: citação, petição ou defesa. Explica: “Nos procedimentos escritos, as pretensões do autor são formuladas na citação, as do réu, na defesa.” Mais adiante diz que a “demanda introduz a instância”.

Falando das demandas incidentes, menciona a reconvenção, as demandas adicionais (aquelas em que, no curso do processo, uma parte modifica suas pretensões iniciais), as intervenções de terceiros (voluntárias e forçadas). José Carlos Barbosa Moreira, em **A Conexão de Causas como Pressuposto da Reconvenção**, 1979, p. 13/17, preleciona: “Na França, o an-

tigo direito costumeiro mostrava-se refratário à reconvenção”. A **Coutume de Paris**, em sua primeira redação (1510), formalmente a proscrevia no art. 75: “*Reconvention en cour laye u’a point de lieu*”.

Com o passar do tempo atenuou-se o rigor, e a segunda redação da mesma *Coutume* (1580) admitiu a demanda reconvençional sob certas condições, no art. 106: “*Reconvention en cour laye n’a lieu, si elle ne dépend de l’action et que la demande e reconvention soit la défense contre l’action premièrement intentée, et, en ce cas, le défendeur, par le moyen de ses défenses, se peut constituer demandeur*”. Já transparecia, aí, a ideia do vínculo entre a causa originária e a reconvenção, como pressuposto da admissibilidade. E mais: o nexó vinha indicado sob duas modalidades - relação entre a reconvenção e a ação; relação entre a reconvenção e a defesa, desdobramento que se voltará a deparar em numerosas legislações modernas, inclusive no vigente Código de Processo Civil brasileiro.

A prática judiciária dos séculos XVII e XVIII parece haver entendido e aplicado com alguma liberalidade os textos restritivos. Segundo autorizados depoimentos, chegou-se a admitir com largueza a demanda reconvençional, fora dos estritos limites em que ela se achava expressamente prevista.

O movimento favorável à admissão ampla da reconvenção, contudo, não encontrou eco na legislação napoleônica. Nenhum dispositivo do velho **Code de Procédure Civile** cuidou de disciplinar especificamente a matéria: apenas o art. 464, ao tratar das **demandes nouvelles** no juízo da apelação, consagrou regra que se reputaria aplicável ao pedido reconvençional, dispondo, na 1ª alínea, que a demanda nova só seria admissível caso visasse à compensação ou servisse de defesa contra a ação primitiva. Leis posteriores aludiram à reconvenção, sem no entanto se preocuparem com a delimitação genérica do seu âmbito de cabimento. No silêncio dos textos, dividiu-se a doutrina, formando-se três correntes principais. A mais liberal admitia a reconvenção sem quaisquer restrições além das contidas no art. 464 do Código. Outra entendia subsistente o regime da nova **Coutume de Paris**.

Predominou na jurisprudência uma terceira opinião, intermediária: a reconvenção era admitida sob certas condições, menos rigorosas que as do sistema anterior; nomeadamente, quando tendesse à compensação, valesse de qualquer modo como defesa ou fosse conexa com a ação originária. No caso de simples conexão, ficaria à discricção do juiz, tendo em vista critérios de conveniência, receber a demanda do réu sob a forma reconvenicional ou, com base no art. 171 do diploma napoleônico, remetê-lo à via separada. Hipótese particular de admissibilidade da reconvenção seria a de pedido de perdas e danos fundado na própria ação principal, ou mais exatamente no prejuízo que, ao ver do réu, a propositura dela pudesse ter-lhe causado. O Código atual, de 1975, regula *expressis verbis* a matéria no art. 70. Após estatuir, na 1ª alínea, que as demandas reconvencionais “*ne sont recevables que si elles se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant*”, acrescenta na 2ª alínea que a *demande en compensation* é admissível mesmo na ausência de tal vínculo, ressalvado ao órgão judicial o poder de separá-la da ação primitiva, “*si elle risque de retarder à l’excès le jugement sur le tout*”.

Prevêem-se, pois, duas possibilidades: a da reconvenção que tende à compensação e a da reconvenção relacionada com a ação *par un lien suffisant*. Constituindo a reconvenção uma espécie do gênero *demandes incidentes* (cf. art. 63), a disposição do art. 70 acerca do segundo caso bem se conjuga com a do art. 4º, 2ª alínea, *fine*, que permite a modificação do *objet du litige* por demandas incidentes, “*lorsque celles-ci se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant*”. Os dois textos, como se vê, empregam idênticas expressões. Abstraindo-se da hipótese de compensação, restaria determinar a área de atuação do outro requisito substancial. A lei adotou fórmula elástica, provavelmente de caso pensado. Quando se deve entender “suficiente” o nexo entre as causas, para reputar-se admissível a reconvenção? Não o esclarece o Código, que recorre, consoante já se escreveu, a “*une notion bien vague*”. Autorizado expositor do direito vigente alude a um *lien de connexité*, sem se preocupar em oferecer qualquer definição. O que aí se tem, indiscutivelmente, é um conceito ju-

rídico indeterminado, cabendo ao aplicador da lei, em cada caso, à vista das peculiaridades da espécie, decidir se o liame é ou não suficiente para legitimar o processo simultâneo.

Diz Mme Bérroujon no seu **Curso de Processo Civil**, publicado na Internet, sobre os meios de defesa: exceções e defesas de mérito, as primeiras que geram a extinção do processo sem julgamento do mérito e as segundas, com julgamento do mérito. Diz quando à teoria da instância: “Após o acionamento do Judiciário nasce uma situação jurídica processual, inteiramente regulada pela lei: é a relação de instância.” Entretanto, procuram-se caminhos para soluções mais simples e mais rápidas, aliás, objetivos do Direito Processual, que acima de um mero exercício cerebrino, deve visar à composição das lides.

Destaca-se, dentre outras tantas inovações louváveis, o que Hervé Croze menciona, ob. cit. p. 79: “Na realidade, fundamentalmente, há dois grandes procedimentos rivais de ajuizamento de processo civil: aquele tradicional da citação [...] e outro, mais moderno e aparentemente mais racional no qual a demanda é endereçada ao cartório do tribunal, ao qual incumbe de convocar as partes.”

### **3.10 - Condições da ação: interesse de agir e legitimidade**

Consigna a **Enciclopédia do Advogado** - Leib Soibelman: “Interesse de agir. (dir. prc. civ.) Um dos assuntos mais difíceis do processo civil. Existe o interesse material de agir e o interesse processual de agir. O interesse material é que se refere ao direito substantivo, e que exige que para propor ou contestar uma ação é necessário existir interesse econômico ou moral, da parte de quem o faz. Mas o interesse processual é instrumental, secundário e subsidiário, sendo aquele o interesse substancial ou primário. Não basta ter o direito para propor uma ação, é preciso que ressalte do pedido ou da contestação a necessidade de invocar o Poder Judiciário para satisfazer a pretensão das partes, ou seja, a existência de uma lide no sentido em que Cernelutti a definiu: pretensão resistida de uma das partes. O interesse de agir é então a aspiração a uma justa composição da lide, não o interesse em lide.

Há autores que consideram que o interesse de agir está na utilidade da ação; os tribunais têm um tempo precioso demais para perder com o exame de mérito em pedidos que podem ser satisfeitos por outros modos que não uma ação judiciária ou que não revelam nenhum prejuízo ou resistência do réu na satisfação do direito que se lhe exige. Lei em tese, questões acadêmicas, total impossibilidade de realizar-se prejuízo futuro, etc., são questões que revelam a falta de interesse processual de agir.

Há todavia autores que identificam interesse processual de agir com legitimidade, como Alberto dos Reis, que escreveu: “Ter legitimidade é ter interesse em que o juiz decida se existe o direito ou a obrigação a que a causa se refere”. Mas a maioria concorda em que antes de saber quem tem razão, o juiz tem de verificar se a demanda se justifica independentemente do direito que as partes alegam ter, e se o tipo de processo pretendido é o adequado para a situação concreta. B. - Alfredo Buzaid, **Do agravo de petição no sistema do código de processo civil**. Saraiva ed. São Paulo, 1956; Eduardo Pallares, **Diccionario de derecho procesal civil**, Porrúa ed. México, 1970; Alberto dos Reis, **Processo ordinário e sumário**, I. Coimbra ed. 1928.” Diz-se na pátria de Serge Braudo: “*Pas d’interêt, pas d’action.*”

Quanto à legitimidade ***ad causam*** diz a **Enciclopédia do Advogado** - Leib Soibelman: “*Legitimatío ad causam.*(dir. prc. civ.) Uma das condições sem as quais não se pode intentar uma ação. Falta quando o autor não tem ação contra o réu ou quando não é o titular do direito que alega. É a chamada *legitimatío ad causam* ativa. A passiva se dá quando o réu não é a pessoa contra quem deve ser movida a ação. É uma falta de qualidade. V. *legitimatío ad processum*. Expressão usada em latim.”

Não se fala na possibilidade jurídica do pedido como uma das condições da ação. Sobre o interesse de agir, afirma Mme Bérouton no seu **Curso de Processo Civil**, publicado na Internet que “a apreciação do interesse de agir é muito mais rigorosa em se tratando de Direito Privado que de Direito Público (não é suficiente dizer que houve uma infringência à lei)”.

Os requisitos para se caracterizar o interesse de agir são: a)

que o interesse seja já existente e atual; b) que seja um interesse legítimo. Quanto ao item b, engloba a possibilidade jurídica do pedido.

### **3.11 - Princípios processuais**

Jean-Jacques Barbiéri, ob. cit., p. 77, fala de cada um dos 3: lealdade, disciplina e respeito.

Diz Mme Bérouton no seu **Curso de Processo Civil**, publicado na Internet, acerca dos princípios diretores do processo: “Tratam-se do princípio dispositivo e do princípio contraditório.”

Já Hervé Croze, ob. cit., p. 11/62, fala em outros totalmente diferentes, que ele reúne em quatro duplas: a) o fato e o direito, b) o juiz e as partes, c) a decisão judiciária e seus recursos, e d) a forma e o fundo.

Tratando do primeiro grupo, diz que é importante distinguir-se o fato do direito, pois às partes compete mostrar ao juiz os fatos que fundamentam suas pretensões, enquanto que a este último cabe aplicar o Direito.

Tratando do item “sub” b, diz, com outras palavras, que uma questão essencial no Processo Civil é a repartição dos papéis do juiz e das partes. Nesse tópico fala das condições da ação no Processo Civil francês, que se resumem à legitimidade e ao interesse de agir (não se falando na nossa conhecida “possibilidade jurídica do pedido”, que, aliás, é verificável, regra geral, somente por ocasião da sentença). Fala nos casos de ações coletivas, da legitimidade do Ministério Público para figurar como autor em determinadas causas, além dos casos em que o juiz pode agir de ofício. Com referência às decisões e aos recursos, repete o que dizemos em outros tópicos especificamente sobre os assuntos. Sobre o item d, seus comentários não trazem nada que mereça ser aqui reproduzido.

### **3.12 - Formas alternativas de solução dos litígios**

Além do processo civil existem as chamadas “formas alternativas de solução dos litígios”, que são: A - arbitragem; B - a transação; C - a conciliação; D - a mediação.

A - Quanto à arbitragem está regulada dentro do NCPC no Livro IV. Há duas situações em que se pode recorrer à arbitragem: a) nos contratos comerciais quando se prevê a solução dos litígios por essa forma; b) depois de surgido o litígio as partes optam pela solução arbitral (art. 2.059 do Código Civil). Uma desvantagem da justiça arbitral é seu alto custo, mas a vantagem maior é sua rapidez na solução dos litígios. Normalmente são escolhidos árbitros advogados ou magistrados de grande prestígio. Somente se pode executar uma sentença arbitral se receber o “*exequatur*” do presidente do Tribunal de Grande Instância da circunscrição. As partes podem prever que a sentença arbitral será insuscetível de recurso quanto à matéria de mérito, mas cabe sempre apelação para anulação por vício formal.

B - A transação é prevista nos art. 2.044 do Código Civil. Para sua validade exigem-se as condições normais para contratar (capacidade e consentimento) e um instrumento escrito, podendo ser objeto de execução em caso de descumprimento. Diz Mme Bérouton no seu **Curso de Processo Civil** publicado na Internet que “a transação, contrato sinalagmático, é uma renúncia bilateral, cada parte renunciando ao seu direito de agir.”

C - Quanto à tentativa de conciliação, há casos em que ela é: a) facultativa (arts. 21, 127 e segs. e 829 e segs. do NCPC); b) obrigatória: nas causas da Justiça Trabalhista e naquelas de divórcio contencioso (art. 251 do Código Civil). Existem comissões de conciliação, que procuram conciliar as partes antes que seja ajuizada alguma demanda. Os tribunais de Instância costumam ter conciliadores, que prestam serviço gratuito (a figura desse conciliador foi instituída por um Decreto de 1978), mas as sentenças homologatórias de acordo somente são exequíveis com o “*exequatur*” do presidente do juiz do Tribunal de Instância.

D - A mediação é detalhada pelas Leis de 8 de fevereiro de 1995 e 22 de julho de 1996 e nos arts. 131-1 e segs. do NCPC. Trata-se da tentativa de conciliação delegada pelo juiz a um terceiro, se as partes assim consentem, não sendo admissível em caso de divórcio. O mediador pode ser uma pessoa física ou jurídica e será remunerado pelas partes.

### **3.13 - A preocupação com a efetividade do processo**

Menciona a **Enciclopédia do Advogado** - Leib Soibelman: “Efetividade. O mesmo que eficácia. Validez sociológica ou fática da norma jurídica. Cumprimento efetivo da norma na sociedade em que vige.”

Segundo José Carlos Barbosa Moreira, em **Temas de Direito Processual** Terceira Série, Saraiva, 1984, p. 27/28, efetividade do processo, enumera os seguintes pontos: a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema; b) esses instrumentos devem praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares do direito (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos; c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade; d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser de tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus, segundo o ordenamento; e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias.

No Processo Civil francês há uma grande preocupação com a “efetividade do processo”, fazendo com que o credor realmente consiga concretizar não só seu direito no mundo ideal da sentença favorável, mas, de fato, através do recebimento do bem pedido no processo ou seu equivalente.

A constituição de advogado não é obrigatória em matéria de execução e de “*référé*”, afirma Mme Bérroujon no seu Curso.

### **3.14 - Pedidos de assistência judiciária decididos por órgãos não jurisdicionais**

Quanto à assistência judiciária pode-se dizer o seguinte: a) para ser concedida é necessário que o interessado a requeira, para



tanto preenchendo formulário próprio; b) deve ele provar insuficiência de recursos próprios e que o mérito da demanda lhe é em tese favorável; c) os profissionais que vão atuar no processo recebem remuneração do Estado; d) quem decide sobre os pedidos de gratuidade são os Escritórios de Ajuda Judiciária, que existem onde há Tribunais de Grande Instância, os quais são rigorosos na análise dos pedidos; e) as pessoas jurídicas de fins não lucrativos podem pedir gratuidade.

### **3.15 - Dicotomia: jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária**

Consigna a **Enciclopédia do Advogado** - Leib Soibelman: “Jurisdição contenciosa. (dir. prc. civ.) É a que o juiz exerce quando julga os conflitos entre os particulares, ou seja, as ações, e executa as suas decisões. Opõe-se à jurisdição graciosa, também chamada voluntária, que se exerce quando o juiz pratica atos que não implicam julgamentos, tais como nomeações de tutores, homologações, abertura de testamentos, etc., atos esses que não têm caráter jurisdicional. Somente os atos de jurisdição contenciosa fazem coisa julgada e são passíveis de ação rescisória. Na jurisdição graciosa não há partes nem contraditório. Não há processo, lide, ação nem coisa julgada. A função da jurisdição voluntária não é reparar direitos violados, mas constituir direitos que só se formam com a intervenção do Estado, daí porque foi chamada de administração pública de direitos ou interesses privados. Nela não se discutem interesses antagônicos. Há apenas um procedimento e interessados. Há quem negue seja a jurisdição voluntária uma autêntica jurisdição, sustentando que todas as suas funções poderiam ser desempenhadas por autoridades administrativas, que ela nada apresenta de específica que justifique ser exercida pelas autoridades judiciárias, porque os seus atos nada têm de jurisdicionais. Na jurisdição voluntária não há sentenças, mas resoluções ou decisões, que se manifestam sobre pedidos.” Os objetos dos procedimentos civis podem ser: a) matéria contenciosa; b) matéria de jurisdição voluntária.

A maior parte dos dispositivos legais do NCPC trata de regras aplicáveis à matéria contenciosa, sendo exemplos dessa realidade os arts. 12, 4 e 16 do NCPC, todos eles que falam em “litígio” explícita ou implicitamente. Quanto à matéria de jurisdição vo-

luntária, o art. 25 do NCPC a define. Geralmente diz respeito a um pedido de “autorização” ou “homologação”. Mme Bérouton diz que em muitas causas de matéria de jurisdição voluntária existe um “litígio latente”. Os TGI têm competência para muitas causas de matéria de jurisdição voluntária, por exemplo quando se trata de “estado das pessoas” ou “Direito de Família”.

Ainda sobre matéria de jurisdição voluntária o recurso cabível é a apelação para as partes e a oposição de terceiro para quem é estranho ao processo. Um procedimento de matéria de jurisdição voluntária pode se tornar procedimento contencioso se o Ministério Público, que atua nele obrigatoriamente como fiscal da lei, se manifesta contrário ao pedido da parte, tornando-se então o *Parquet* “parte principal”. O procedimento em matéria de jurisdição voluntária é regulado pelos arts. 60 e segs. do NCPC.

Deve-se observar que só existe uma forma para se iniciar o procedimento de jurisdição voluntária, que é a petição (que deve ser formulada pelos interessados), não havendo a outra forma, que é a citação, que só cabe em casos de jurisdição contenciosa. São outras características dos procedimentos de jurisdição voluntária: a) o juiz pode investigar tudo que entenda conveniente, inclusive fatos não alegados pelos interessados (arts. 26 e 27 do NCPC); b) os debates (que se desenvolvem antes do julgamento) correm em segredo de justiça; c) a publicação da sentença também acontece em segredo de justiça, à exceção da de divórcio, cujo dispositivo é lido em audiência pública.

### **3.16 - As regras de competência**

Quanto à competência dos tribunais deve ser dito, de início, que as ações se classificam em: reais, pessoais e mistas; mobiliárias e imobiliárias; possessórias e petitórias; daí advindo uma série de consequências para efeito de fixação da competência.

Croze diz, com razão, ob. cit., p. 70, que “a organização judiciária francesa é complexa, e é natural que as regras de competência material o sejam também.”

Diz Mme Bérouton no seu **Curso de Processo Civil** publicado na Internet que “esses critérios de classificação são imperfeitos porque somente se referem às ações patrimoniais e não às ações

de estado. As ações que dizem respeito às ofensas ao direito da personalidade são considerados pela jurisprudência como ações pessoais e mobiliárias.”

Consigna a **Enciclopédia do Advogado** - Leib Soibelman: “Ação pessoal. (dir. prc. civ.) Em sentido genérico, é toda ação que não se origina de um direito real: ação que tem seu fundamento em um direito pessoal, personalíssimo, de estado, de família, de sucessão e de obrigação ou de crédito. É toda ação destinada a fazer valer um direito pessoal. Em sentido restrito, é a ação que nasce de uma obrigação de fazer, dar ou não fazer, de um contrato, de um delito, de um quase contrato, de um quase-delito, da responsabilidade civil ou da lei. Ação pessoal é também aquela que se dirige contra o sujeito da obrigação, previamente determinado por convenção ou pela lei, embora isso nem sempre aconteça, como no caso das ações pessoais *in rem scriptae*, ou das ações reipersecutórias. Ação que tem por objeto direitos pessoais, patrimoniais ou não.” “Ação real. (dir. prc. civ.) A que nasce da violação de um direito real. Difere da ação pessoal porque tem por fundamento um direito oponível a qualquer pessoa que possua a coisa, não havendo nenhum intermediário entre o titular do direito real e a coisa.

Na ação pessoal há a figura de um devedor que interpõe entre o titular e o objeto do direito. É de importância salientar que o direito real não se exerce através da ação real, mas consiste no gozo e fruição de uma coisa com exclusão de qualquer outra pessoa. No processo formulário a reclamação de um direito real não continha o nome do demandado, o que não acontecia com a ação pessoal, destinada a obter o cumprimento de uma obrigação. Daí a divisão das ações em reais e pessoais, conforme contivessem ou não o nome do réu, embora a condenação em ambos os tipos de ações fosse contra pessoa determinada. *In rem* era expressão usada de forma impessoal. B. - J. Ortolan, **Législation romaine**, III. Plon ed. Paris, 1883.” Há casos em que é difícil enquadrar-se o caso concreto dentro dessas classificações, gerando divergência quanto à competência se é de um Tribunal de Grande Instância ou de um Tribunal de Instância.

Diz Mme Bérroujon no seu **Curso de Processo Civil** publicado na Internet que “se bem que o direito material e o direito de agir devam ser tidos como diferentes um do outro, existem ligações estreitas entre eles” e que “a classificação das ações repousa, efetivamente, sobre a natureza ou o objeto do direito material invocado pelo autor da ação”.

De início, deve-se verificar se a matéria é de competência de alguma chamada jurisdição de exceção (Justiça Trabalhista, etc.). Se não é a lide da alçada de nenhuma dessas jurisdições de exceção, deve-se verificar, enfim, se é de competência de um Tribunal de Grande Instância ou de um Tribunal de Instância. Pode-se dizer assim:

A 1ª instância civil é representada pelos Tribunais abaixo mencionados:

A - Quanto à competência dos Tribunais de Grande Instância é, regra geral, do tipo residual (“aberta”, na expressão de alguns doutrinadores), ou seja, competentes são os TGI para os processos que não são da competência de nenhum outro órgão jurisdicional ou assemelhado. Couchez e outros explicam com clareza a complicada competência dos TGI em matéria civil em razão da matéria: A - competência da formação colegial (câmara de 3 ou 5 juízes): a) ações pessoais ou imobiliárias, ações de estado das pessoas, ações sobre propriedade, ações sobre a vida econômica; b) processos que tramitam necessariamente em segredo de justiça; B - competência de juiz único: a) divórcio, alimentos e separação; b) processo de execução; C - jurisdição do presidente: a) decisões sobre cautelares; b) decisões sobre determinados requerimentos.

Há também competência em razão do valor da causa, independente da matéria objeto do processo, contanto que não se trate de matéria trabalhista, comercial, de seguridade social ou de outro tribunal especializado. Se o valor ultrapassa 50.000 FF. Além disso, são competentes para diversos processos que seriam da competência normal de tribunais administrativos, numa verdadeira derrogação da regra de competência absoluta da justiça administrativa nas causas em que o Estado intervém. São os seguintes, conforme enumeração de Serge Petit, em **L’Administration devant le Juge Judiciaire**, puf, 1997, p. 79/121): expropriação por causa

de utilidade pública, modos de aquisição a título gratuito, rememoração de terras agrícolas, empresa administrativa imobiliária, servidões administrativas de utilidade pública, responsabilidade pessoal dos agentes da administração, funcionamento defeituoso do serviço da justiça, responsabilidade dos membros de estabelecimentos de ensino por danos causados ou sofridos por alunos, responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público por causa de danos causados por veículos, reparação de danos causados pela energia nuclear, reparação de danos resultantes de pesquisa biomédica, contencioso postal e de telecomunicações, serviço público do estado civil, nome, prenome, títulos nobiliárquicos e nacionalidade, celebração de casamento e fraude à lei, troca de sexo, capacidade civil e eleitoral, internamento administrativo de alienados mentais, contestação do imposto e seu reembolso e contencioso dos direitos aduaneiros.

**B** - Quanto à competência dos Tribunais de Instância pertine às causas de valor inferior a 50.000 FF (13.000 FF em causas que não comportam apelação e de 13.000 a 50.000 FF em causas de duplo grau de jurisdição), locações residenciais e vários casos de locações comerciais, contratos de crédito ao consumidor, contestação à penhora de remunerações, matérias agrícolas, ações possessórias e demarcatórias, pensão alimentícia, revisão de renda “*viagère*”, e muitos outros casos, mostrando que o legislador pretende que os TI sejam o juiz natural das pequenas causas que interessam a maioria dos cidadãos.

**C** - Os litígios que envolvam algum comerciante ou industrial são julgados pelos Tribunais do Comércio, salvo onde não há nenhum tribunal desse tipo, quando, então, a competência é de um TGI.

**D** - Tratam as Jurisdições Trabalhistas dos litígios entre empregados ou aprendizes e empregadores quando versam sobre contrato individual de trabalho ou de aprendizagem, de acordo com o Código do Trabalho e também desacertos entre trabalhadores por ocasião do trabalho.

**E** - Os Tribunais Paritários de seguridade Social tratam de litígios de natureza previdenciária do Código de Seguridade Social.

**F** - Os Tribunais do Contencioso da Incapacidade são competentes para julgamento de causas que versam sobre incapacidade ou invalidez física ou mental no seu aspecto médico.

**G** - Os Tribunais Paritários de Arrendamentos Rurais foram criados através de uma ordenança de 4 de dezembro de 1999 para dirimir litígios entre arrendantes e arrendatários rurais, prestigiado o instituto da conciliação. Deve ser dito que quando se trata de ações pessoais a competência territorial é a do foro do domicílio do réu, segundo o art. 42 do NCPC, enquanto que nos casos de ações reais prevalece o lugar da situação do bem, se for imóvel, segundo o art. 44 do NCPC. Quando se trata de ação mobiliária (pessoal ou real) a competência vai pelo foro do domicílio do réu, mas no caso de ação imobiliária prevalece o foro da situação do imóvel.

Diz Mme Bérroujon no seu **Curso de Processo Civil** publicado na Internet que “O Tribunal de Instância é o juiz do possessório, o Tribunal de Grande Instância é juiz do petitório”.

A 2ª instância civil é representada somente pelas Cortes de Apelação:

**H** - As Cortes de Apelação têm competência em matéria civil (recursos civis dos Tribunais de Grande Instância, Tribunais de Instância, Tribunais do Comércio, Tribunais Trabalhistas, Tribunais dos Processos de Seguridade Social e Tribunais dos Arrendamentos Rurais).

Não há mais que duas instâncias. A Corte de Cassação somente faz respeitar essa regra do duplo grau de jurisdição, como regra geral somente “cassando” os decisórios que desatendem o bom Direito, mas enviando o processo para outro órgão da mesma categoria do recorrido rejulgar o processo. Tem a função de unificar a jurisprudência.

**I** - A Corte de Cassação é “juiz do direito e não do fato”. Deve julgar “a correlação jurídica de uma decisão e não se pronunciar sobre um processo”. Interposto um recurso de provimento em cassação, se a Corte de Cassação entende que a decisão recorrida não é de acordo com o bom Direito, não a reforma, mas sim envia o processo ao órgão jurisdicional diferente da que julgou anteriormente o processo para novo julgamento. Mas, como exceção, a Corte decide sobre o fato e o mérito.

### **3.17 - A distribuição**

Diz Mme Bérroujon no seu **Curso de Processo Civil** publicado na Internet que “é o presidente da jurisdição que vai distribuir um processo a uma câmara ou a uma jurisdição competente para conhecê-lo”. Isso mostra que a distribuição é levada a sério, como realmente o é.

### **3.18 - Modalidades de instrução**

Depois de dizer que nos Tribunais de Grande Instância e nas Cortes de Apelação regra geral é de cada processo seguir para ser instruído por um juiz da instrução, Mme Bérroujon no seu **Curso de Processo Civil** publicado na Internet afirma que “não há forçosamente lugar a uma instrução em cada processo, podendo o presidente do tribunal, se ele verifica que o processo não é muito complicado para merecer uma verdadeira instrução, não o remeter ao juiz da instrução”. A seguir cita as opções que surgirão:

a) circuito ultra curto (art. 760 do NCPC), que “é utilizado quando o réu não comparece ou quando as partes já trocaram entre si seus arrazoados escritos. Assim o presidente prola uma decisão em que fixa a data da audiência de debates”;

b) circuito curto (art. 761 do NCPC) - “esse circuito, diz a professora, é utilizado quando o presidente verifica que é conveniente uma troca de arrazoados escritos entre as partes para a instrução do processo. Ele as convoca para uma segunda conferência, na qual ele designará a audiência de debates”.

### **3.19 - Ainda a preocupação com a rapidez**

No caso de citação comum (aquela dos processos comuns dos Tribunais de Grande Instância), que regra geral é redigida pelo advogado do autor, segundo modelo consagrado nos tribunais, faz-se com que o réu tome ciência da pretensão do autor, sendo que, após registrado o feito no cartório, o juiz toma ciência do processo. Fica por conta do autor providenciar para que o feito seja registrado no cartório dentro do prazo de 4 meses, sob pena de caducidade.

Existem, no entanto, outras formas de início de processo nos TGI, que visam a uma velocidade maior ou uma maior simplicidade.

Croze apresenta as duas variantes, ob. cit. p. 77/79:

**A - rapidez:** a) citação com prefixação de dia para comparecimento das partes, produção de provas, debates orais e julgamento (arts. 788 e segs. do NCPC). Somente em casos excepcionais de muita urgência o presidente do TGI ou do Tribunal do Comércio autoriza esse procedimento. b) citação com prefixação de hora (art. 485, al. 2 do NCPC) - obedece à mesma sistemática, apenas que, nesse caso, a audiência pode ser realizada inclusive em dia feriado e até na casa do juiz se assim for mais conveniente, sendo utilizada principalmente em casos de matéria de proteção da vida privada.

**B - simplificação:** petição conjunta das partes (quase só ocorrente em pedidos de divórcio consensual); declaração de uma das partes perante o cartório (perante os Tribunais de Instância, dependendo do valor da causa, Tribunais Trabalhistas ou o juiz da execução); apresentação voluntária das partes (acontece muito nos tribunais de 1ª instância à exceção dos Tribunais de Grande Instância).

### **3.20 - Comunicação de peças e manifestações das partes no processo diretamente entre os advogados**

Essas comunicações obedecem as regras dos arts. 671 a 674 do NCPC.

Diz Mme Bérroujon no seu **Curso de Processo Civil** publicado na Internet que “se uma parte deixa de remeter peças, a parte contrária pode requerer ao juiz que a obrigue a fornecê-las.”

Muito melhor e menos burocratizado esse sistema do que o de o cartório ser intermediário entre as partes, no entanto, isso encarece o processo, como é evidente.

### **3.21 - Tutelas de urgência (“référé”, etc.)**

Esclarece Luiz Fux (**Tutela de Segurança e Tutela da Evidência**, Saraiva, 1996, p. 172/173) que: “Afinada com o tema ora proposto é a atualíssima doutrina francesa, com a previsão de uma tutela de urgência para quase todos os processos e procedimentos, como se colhe em Roger Perrot, mercê dos exemplos da “or-



*donnance de requête e de référé*”. Ambas são expressão do poder cautelar geral discricionário e são meios provisórios de tutela imediata que podem ser deferidos antes ou no curso do processo principal. A lei francesa de 1975 prevê textualmente a exclusão do contraditório nas circunstâncias urgentes. a competência para o seu deferimento é variada, conforma anota Galeno Lacerda. As “*référé*” são inominadas, vale dizer, o juiz provê *en référé*, podendo determinar medidas de conservação, de reposição e até de superação de obstáculos à execução de sentença, toda vez que haja urgência e ausência de contestação séria (o que equivale ao “*fumus boni juris*”).

Essa amplitude de atuação jurisdicional *en référé* é responsável pelo emprego da medida nos mais variados campos da justiça de direito privado. Assim, v. g., encontram-se exemplos da medida no campo da tutela do direito ao nome, à imagem, administração de empresas, locações, sucessões, proteção dos incapazes e nas causas de família. É imanente ao sistema francês a preocupação com a “urgência”. A própria exposição de motivos do **Code de Procédure** afirma que existem circunstâncias nas quais o prazo de um só dia, ou de horas, pode representar a origem das maiores injustiças e causar perdas irreparáveis. Desta sorte, a doutrina francesa do tema sugere para esses casos excepcionais poderes excepcionais, mercê de reconhecer a dificuldade da avaliação da urgência, como questão fática. Como bem acentuam Cezar Bru e Hebraud em **Traité théorique et pratique des référés**, Paris, 1938, p. 2 e 68, “existem vários graus de urgência e a melhor maneira de aquilatar esta urgência está no perigo que pode advir da demora”.

Anota a doutrina francesa do tema que os pressupostos legais para a concessão das “*référé*” por vezes dificultam o seu acolhimento em face das exigências pretorianas, inutilizando a medida. Fixa-se a doutrina do pré-requisito “ausência de prejuízo ao pedido principal”. Essa ausência de prejuízo é impossibilidade de julgamento do principal em sede de “*référé*”, e esse requisito figura como norma *in procedendo* quanto aos limites do juiz no exercício do poder cautelar genérico.”

Diversos processualistas estrangeiros, inclusive o nosso conceituado Ovídio A. Baptista da Silva, em **A Ação Cautelar Inominada no Direito Brasileiro**, Forense, 1979, p. 136, consideram a “*référé*” como um dos mais importantes institutos do Processo civil francês: “Nada há de surpreendente, para quem tenha sob as vistas a mentalidade liberal dos juristas do século XIX - como é o caso de Pisanelli, para quem o juiz deveria usar com repugnância dos poderes que a ordem jurídica lhe conferia para a decretação de medidas cautelares (**Comentario del Codice di Procedura Civile**, v. VII, p. 1.007) - na afirmação dos juristas franceses de que a *jurisdiction des référés* “tem já uma história muito longa, uma vez que tal prática nascera no século XVII, na jurisprudência do Chatelet de Paris, sob a pressão das necessidades quotidianas” (Roger Perrot, - “*Il Nuovo e Futuro Codice di Procedura Civile Francese*”, in **Riv. Dit. Processuale**, 1975, p. 248).

O eminente professor da Universidade de Paris, contudo, avança em suas observações e surpreende-se com o extraordinário realce dado pela legislador do futuro Código à chamada “jurisdição presidencial” (o sistema francês é colegiado), escrevendo: “Mas, coisa digna de nota, é somente a partir de alguns anos que essa jurisdição presidencial alcançou uma extensão prodigiosa” (ob. e loc. citados).

Superado, assim, o exagero existente nas concepções liberais, retorna-se ao século XVII! E, na medida em que se devolvem aos juízes os poderes pretorianos que lhe foram negados a partir do século XVIII, aproximamo-nos, a família romano-germânica, do sistema inglês, do *contempt of Court*. E, nas p. 162/163, continua: “[...] o perigo maior ainda não está aí. A explicitação, no direito brasileiro, da regra do art. 798, de resto já existente no art. 675 do Código revogado, corre o risco do exagero, decorrente de uma concepção desmesurada da tutela cautelar. Tal risco deriva-se da colocação de Chiovenda e de Calamandrei que entendiam a tutela cautelar como “polícia judiciária” e, não só não a definiram, como a pressupunham presente em todos os casos em que o juiz exercia seus poderes de simples gestão processual; e da influência que o Direito Processual francês contemporâneo há de exercer em

nosso meio, em virtude das recentes reformas introduzidas em França, no Código de Processo Civil, reformas essas que, como sabemos, ampliam de tal forma a jurisdição de urgência (*jurisdiction des référés*) que, praticamente, é criada, de modo mais ou menos difuso e indiscriminado, um tipo especial de tutela interdital com concessão de mandados liminares, para a maioria das ações. A respeito, eis a informação de ROGER PERROT: “Se tratterebbe attualmente di riconoscere al giudice d’istanza la possibilità di decidere in référé in tutti i casi di urgenza; cosa che è ancora più curiosa, se si ricorva che il tribunale d’istanza è giudice monocratico. Infine, per essere sicuri di non lasciar sussistere alcuna lacuna, l’art. 37 del decreto 9 settembre 1971 ha posta il principio che i poteri del presidente del tribunale di grande istanza, quale giudice dei référés, ‘se estendono in tutte le materie dove non esiste una specifica procedura in référé’. Così, facendo del presidente del tribunale di grande istanza una specie di giudice dei référés di diritto comune, nessuna materia sfugge alla procedura d’urgenza” (*In Nuovo e Futuro Codice di Procedura Civile Francese*”, in *Rivista di Dir. Proc. Civile*, 1975, p. 249).

Dentre as hipóteses que, a todo o momento, se insinuam na legislação francesa, enumera o eminente professor da Universidade de Paris o caso da concessão de “medida restitutória” (*remise en état*) “em caso de comportamento manifestamente ilícito”. Ora, bastaria o pressuposto da ilicitude manifesta, declarada no juízo cautelar, para que desconfiássemos da natureza de provimento de simples segurança e não de adiantamento de eficácia sentencial, portanto normalmente de cunho satisfativo. Mas a semelhança, aliás confessada, entre a atual *jurisdiction des référés* francesa e a proteção interdital é denunciada por PERROT ao mencionar, como exemplo de provimento de urgência, a reintegração de um empregado despedido em condições irregulares. A respeito, diz o insigne escritor: “Ma intanto il giudice dei référés avrà sanzionato una situazione di latta, un poco come potrebbe fare il giudice del possessorio: spoliatus ante omnia restituendus” (ob. cit., p. 250). Ora, não há a menor dúvida de que, no caso, não se trata de simples provimento cautelar, mas de autêntica liminar interdital,

adiantamento de eficácia sentencial, medida de cunho executivo antecipado e que não tem qualquer referência a um risco específico de dano irreparável.”

Serge Braudo, no seu **Dictionnaire du Droit Privé**, publicado na Internet, diz sobre “*référé*”: “é um procedimento oral e simplificado atribuído, em princípio, à competência do presidente da jurisdição acionada que decide no sistema de “juiz único”. Ele pode ordenar medidas provisórias, principalmente a consignação de quantias em dinheiro contestadas, perícia ou pagamento de alimentos. O juiz de “*référé*” pode condenar ao pagamento de multas. A decisão proferida não tem autoridade de coisa julgada. Ela não torna prevento o tribunal que é posteriormente acionado quanto à matéria de mérito. O presidente das jurisdições especializadas tais como o Tribunal do Comércio, a Justiça Trabalhista, o Tribunal dos Processos de Seguridade Social, tem competência para decidir em caso de “*référé*”. A apelação das decisões proferidas pelo juiz de “*référé*” é julgada pela Corte de Apelação da circunscrição que julga em formação colegial. Se bem que o NCPC dá competência especialmente ao chefe da jurisdição para julgar os “*référés*”, é usual que este último delegue essa parte de suas funções a um vice-presidente ou a outro juiz de sua jurisdição. Logo que um processo é pendente de recurso diante de uma Corte de Apelação, o primeiro presidente ou o juiz designado por ele pode, nas mesmas circunstâncias, decidir os “*référés*”. O primeiro presidente tem uma competência particular que lhe é dada pelo art. 957 do NCPC para suspender a execução de um julgamento incorretamente tomado como insuscetível de recurso ou para conhecer de uma defesa a execução provisória.” Jean-Jacques Barbiéri, ob. cit., p. 86, fala numa “hipertrofia atual da jurisdição dos “*référés*”.

Não se deve confundir esse “*référé*” com o que se menciona a seguir, tratado pela **Enciclopédia do Advogado** - Leib Soibelman: “*Referé législatif*. (dir. francês) Na França criou-se em 1790 este sistema de consulta obrigatória do juiz ao corpo legislativo toda vez que tivesse de interpretar uma lei ou fosse necessário criar uma nova. Facultativa era a obrigação, porque se deixava ao cri-

tério do juiz saber quando se devia ou não interpretar uma lei, mas do momento em que interpretava, a consulta era obrigatória. Mais tarde criou-se outro “*référé*”, obrigatório nos casos em que o Tribunal de Cassação tivesse de julgar um recurso para anular uma sentença sua pelos mesmos motivos que tinham anulado a primeira sentença cassada. Era o *referé obligatoire*. Estes dois recursos ao legislador constituem um dos mais notáveis casos de interpretação autêntica que se conhece nos tempos modernos. Na França eles foram devidos ao grande desprestígio e temor da magistratura, que no Antigo Regime havia desempenhado um papel ditatorial (V. Parlamentos). B. - Piero Calamandrei, *La casación civil*, 3 v. Ed. Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1961.” A constituição de advogado não é obrigatória em matéria de “*référé*” afirma Mme Bérroujon no seu Curso.

Diz Mme Bérroujon no seu *Curso de Processo Civil* publicado na Internet que o art. 488 do NCPC prevê que uma decisão de “*référé*” só pode ser modificada se ocorre uma circunstância nova.

Se é verdade que o instituto do “*référé*” chama a atenção dos processualistas civis de todos os países, deve ser dito que existe um instituto chamado *référé-provision*, que visa a conceder o pagamento de um crédito que se pode ter como certo, podendo ser essa antecipação de até a totalidade do crédito. É um instituto muito utilizado na vida forense.

Croze diz, ob. cit., p. 68: “Nas mesmas condições, o juiz pode ordenar a execução *in natura* de uma obrigação de fazer”.

O art. 145 do NCPC também prevê outras medidas de urgência, como antecipação de provas (*référé-expertise*).

A existência da urgência, no entanto, não é requisito obrigatório para a concessão de “*référé*”.

A decisão pode ser de base à execução provisória.

### 3.22 - Injunções

Croze, ob. cit., p. 65, diz: “O Processo Civil contemporâneo oferece às partes três procedimentos de injunção cuja eficácia prática é variável, mas que constituem incontestavelmente progressos importantes de técnica processual. Em todos os casos se

trata de colocar entre parênteses o debate contraditório e de dar provisoriamente ganho de causa ao autor cuja pretensão parece justa, deixando à parte contrária a possibilidade de se opor à decisão dada contra si.” Menciona as injunções: A - injunção de pagar; B - injunção de fazer; C - injunção de entregar ou restituir.

A - injunção de pagar: tratada nos arts. 1.405 e segs. do NCPC. Aplicável apenas quando se trata de matéria comercial, perante o presidente do Tribunal de Comércio ou perante o juiz do Tribunal de Instância. Tem âmbito restrito, razão pela qual não é muito usado, sendo preferível a via do *référé-provision*. Sendo dada a decisão concessiva da injunção de pagar pelo juiz, a parte ré é citada e, caso não se defenda, passa o crédito a ter força executiva.

B - injunção de fazer - visa a resolver obrigação de fazer prevista no Código do Consumo francês. Concedida a decisão liminar, o réu é citado para cumprir a obrigação no prazo fixado pelo juiz, já ficando ciente da audiência em que o processo será julgado se não houver o cumprimento espontâneo, nessa audiência podendo o réu se defender.

C - injunção de entregar ou restituir: visa a entrega ou restituição de um bem móvel. Favorece os locadores de bens móveis sem título executivo. A competência é do juiz de execução dos Tribunais de Grande Instância. Concedida a liminar, o réu é citado para se defender em 15 dias. Se houver defesa, o autor da demanda tem de ajuizar demanda ao tribunal competente para julgar o mérito. Se não houver defesa, o autor da demanda perante o juiz da execução pede que seja procedida a apreensão do bem.

### 3.23 - Acusatório mitigado pelo inquisitório

Hervé Croze, *ob. cit.*, p. 6/7, trata do assunto assim: “O Processo Civil foi construído como um duelo judiciário entre as partes arbitrado pelo juiz. É porque o Processo Civil era tradicionalmente acusatório, porque o juiz não pretendia encontrar ele mesmo a verdade ao preço de investigações pessoais (como o juiz de instrução criminal), mas somente exercer a função de árbitro diante das argumentações das partes, que sua neutralida-

de impedia de tocar. O Processo Civil era então realmente coisa das partes, que tinham sobre ele um direito de vida e de morte e que, sobretudo, podia o fazer modorrar em função de seus interesses. Esse liberalismo era improdutivo pois ele fazia demorar a solução dos litígios e, mais, era gerador de injustiça, uma vez que reproduzia no processo as desigualdades econômicas e sociais existentes entre as partes. O Novo Código de Processo Civil, recapitulando diversos Decretos anteriores, dos quais alguns experimentais, traz importantes limites ao poder das partes, fazendo aumentar os poderes do juiz no processo. Está-se ainda muito longe da ‘procura da verdade’ tal como a entende o juiz penal, mas as marcas do procedimento inquisitório são claras, pelo menos nos textos, pois a prática se revela frequentemente mais maleável senão mais de meras aparências. Em todo caso, o juiz se transformou num ator importante no espaço de tramitação do processo civil e ele é correto dizer-se que o debate não se desenvolve somente entre as partes (ou seus advogados) mas também entre elas e o juiz.”

A questão de distinguir o papel do juiz do papel das partes no processo civil é considerada por Hervé Croze como das mais importantes, entendendo-se que as partes devem apresentar os fatos e o juiz aplicar o Direito, mas isso não é tão simples nem na teoria nem na prática, segundo fala a **Enciclopédia do Advogado** - Leib Soibelman: Juiz e fatos.(dir. prc.). A distinção entre direito e fato ainda é objeto de discussão. Carnelutti salientou que todo mundo fala de “fato jurídico” mas ninguém se preocupa em definir o que é fato, “espécie de ilha misteriosa no reino do direito”.

Segundo Guttman, o processo civil se tornaria muito mais fácil se o juiz levasse mais em consideração o estado de fato do que as elucubrações jurídicas. Pedro Aragoneses diz que os fatos e as normas jurídicas não aparecem como fenômenos puros, os fatos só se tornam jurídicos quando mentalmente concebidos em sua significação jurídica, só podem ser concebidos dentro de categorias jurídicas e dá o seguinte exemplo: quando se diz que alguém entregará a outrem uma coisa em troca de uma quantia, imediatamente mentamos a figura da compra e venda em todas as suas

consequências. Mesmo a figura do *tatbestand* ou da *fattispecie* (tipicidade) é relativa, porque ela se baseia numa semelhança de categorias de fatos, quando não é possível contrapor situação de fato a efeito jurídico, porque aquela só pode ser concebida dentro de uma norma, pois é desta que dependem os fatos extrajurídicos para se tornarem jurídicos. O tipo de fato só passa a ter efeitos jurídicos quando examinado de acordo com a finalidade da norma que o regula.

Carnelutti diz que a *fattispecie* é conceito, uma possibilidade, ao passo que o fato é história, é realidade, é uma existência. Devido a todas essas dificuldades, é que hoje já se fala em distinguir a existência da essência dos fatos, aquela examinada pelo juiz de primeira instância ou de instância inferior (juízo histórico), e esta examinada pelos tribunais superiores em matéria de cassação (juízo crítico).

A matéria é importantíssima para distinguir questões de fato de questões de direito em recurso extraordinário. Para o excelente jurista Amílcar de Castro, o juiz cria os fatos e o direito. Não se pode dizer, afirma ele, que o juiz aplica o direito aos fatos, porque fatos não são os acontecimentos em si mesmos, mas os acontecimentos vistos à luz de critérios estabelecidos pelas normas jurídicas. O juiz reconstitui os fatos através de um resumo das provas por ele interpretadas. O fato, perante o juiz, é sempre um fato reconstituído e nunca um fato acontecido, é sempre uma resolução judicial que declara o que aconteceu, o juiz não julga fatos, mas só a prova dos fatos; fato para o juiz “pode não ser aquilo que os interessados viram acontecer, mas é sempre o que o juiz verificou nos autos e declara que aconteceu”.

Frank diz que os fatos são subjetivos, e Satta escreve que o juiz cria o fato, não como invenção, mas como escolha, através de mil possibilidades ou hipóteses, daquelas que lhe pareceram mais conformes à realidade, escolha que é criação e não simples percepção. Daí poder a sentença estabelecer uma verdade fictícia, formal ou legal, presumida, que pode não coincidir com a verdade real, ou seja, a coisa julgada pode fazer do branco, preto, e do quadrado, redondo. V. fato e direito. B. Amílcar de Castro, **Direito**



internacional privado, I. Rev. For. Rio, 1968; Pedro Aragonese Alonso, **Proceso y derecho procesal**, Aguilar ed. Madri, 1960.”

Croze diz., ob. cit., p. 35/36, que: “Comparados aos direitos das partes, os ônus que pesam sobre elas no processo civil parecerão bem leves.” São, segundo o processualista: “alegar os fatos próprios a fundamentar suas pretensões” e “participar ativamente no processo”, “respeitar espontaneamente o contraditório”, “trazer seu concurso às medidas de instrução”, atender à regra do art. 332 do NCPC, que diz que “o juiz pode ainda convidar as partes a provocar a intervenção de terceiros no processo”.

Segundo o art. 125 do NCPC o juiz somente pode conhecer de ofício das causas de extinção do processo sem julgamento do mérito quando se tratem de matérias de ordem pública.

Segundo o art. 10 do NCPC o juiz pode produzir provas de ofício.

### 3.24 - Juiz da instrução

Primeiro deve ser dito que a regra geral é a colegialidade dos Tribunais na 1ª instância. Depois, que a instrução não é procedida por todos os membros da câmara à qual o processo é distribuído, mas sim é designado pelo presidente da câmara um juiz para realizar a instrução do processo. Esse juiz é o “juiz da instrução” daquele processo. Somente ele pode instruir aquele processo. Após concluída a instrução o processo é remetido à colegialidade para os debates e final julgamento.

Serge Braudo, no seu **Dictionnaire du Droit Privé**, publicado na Internet, diz sobre a instrução - e o juiz da instrução diz, com palavras diferentes, mas esclarecedoras - o seguinte: “A instrução é a fase do procedimento escrito, no curso do qual se desenvolve a instrução da causa sob o controle e a direção de um juiz. Esse juiz é chamado, nos Tribunais de Grande Instância, juiz da instrução e, nas Cortes de Apelação, conselheiro da instrução. A não ser nas câmaras sociais das Cortes de Apelação, em que o procedimento é oral, durante essa fase do procedimento cada uma das partes é representada obrigatoriamente na primeira instância por um advogado e na jurisdição de segundo grau por um “*avoué*”. Não há juiz

da instrução na Corte de Cassação: é o serviço do Cartório da Corte que se encarrega da instrução. Não existe juiz da instrução nem nos Tribunais de Instância nem nas jurisdições especializadas em que o procedimento é oral. O juiz da instrução estabelece audiências nas quais comparecem os procuradores das partes conforme um calendário que é geralmente fixado desde a primeira audiência. Além dessa audiência, o juiz (ou, na Corte de Apelação, o conselheiro) se informa da regularidade do procedimento em andamento e das diligências dos procuradores das partes. Ele pode decidir injunções e incidentes relativos às comunicações entre procuradores de peças e petições. É o que significa, em se tratando das partes, que elas devem estar informadas sobre o processo. O juiz pode, se o processo necessita, decidir sobre medidas próprias a prosseguir a instrução, como perícia ou inquirição de pessoas. A instrução termina com uma decisão de desligamento do juiz em relação ao processo, através da qual o juiz da instrução determina a remessa do processo à colegialidade de julgamento da câmara à qual pertence o referido juiz da instrução. Contrariamente às regras seguidas em matéria penal, em que o juiz da instrução não pode participar do julgamento com os demais membros da câmara, em matéria civil o juiz da instrução toma parte nas deliberações da câmara do respectivo Tribunal ou Corte de Apelação (segundo o caso).”

### 3.25 - Alguns meios de prova

Depoimento escrito de testemunha. A descrença dos juristas franceses quanto às provas orais é muito acentuada, o que faz com que a prova testemunha e tenha pouquíssimo valor. Também se pensa que a tomada de depoimento toma muito tempo. Por isso se prefere que, no caso de afirmação de testemunha, isso seja feito por escrito com obediência a certas exigências. A respeito, ensina Mme Béroujon no seu **Curso de Processo Civil** publicado na Internet que “o juiz e bem assim as partes podem provocar o depoimento de terceiros. Ele ouve suas declarações presencialmente ou por intermédio de simples documento escrito”. Segundo Croze, ob. cit., p. 89, “os depoimentos de testemunhas são em princípio escritos em atestações sujeitas a um formalismo particular.”

Juramento das partes. Quanto a ele, consigna a **Enciclopédia do Advogado** - Leib Soibelman: “Juramento decisório. (dir. prc.) Juramento que decide a causa, porque o juiz aceita os fatos jurados pelo réu, e, se este não comparece, julga segundo o julgamento do autor. Não há mais hoje no direito brasileiro.” e diz: “Juramento supletório.(dir. prc.)Juramento que fazem autor com réu para reforçar prova deficiente. Não mais existe em nosso direito.”

Três modalidades de perícias existem:

a) constatação se faz apenas a verificação e registro escrito, por exemplo, por um oficial de justiça, sem emitir parecer sobre as consequências de fato ou de direito dos elementos constatados - art. 249 do NCPC;

b) consulta é uma questão puramente técnica que não requer investigações complexas (art. 256 do NCPC). É muito rara e, quando acontece, o “expert” é o chamado “amigo da corte”, que mencionamos no próximo item;

c) “expertise” é a mais complexa. Tem de ser motivada a decisão de nomeação de perito e determina a extensão da perícia, segundo o art. 265 do NCPC.

O juiz, como se sabe, pode determinar a produção de provas de ofício, no entanto há um entendimento de que não deve se substituir integralmente às partes na iniciativa da produção de provas. Assim, afiança Mme Bérroujon no seu **Curso de Processo Civil** publicado na Internet que “o artigo 146 do NCPC dispõe que as medidas de instrução só podem ser ordenadas de ofício se as partes, elas mesmas, não têm meios materiais de produzir a prova de um fato que elas alegam (por exemplo porque a peça de que elas precisariam está em poder da parte contrária ou de um terceiro).”

### 3.26 - A figura do “amigo da corte”

Serge Braudo, no seu **Dictionnaire du Droit Privé**, publicado na Internet, diz: *amicus curiae*. Terminologia latina para designar a pessoa que a jurisdição civil pode ouvir sem formalidades com o objetivo de averiguar elementos próprios para facilitar sua informação, por exemplo, para conhecer os termos de usos e costumes locais ou regras profissionais não escritas. O amigo da corte não é

nem testemunha, nem perito, nem se submete às regras da recusa de oitiva pelas partes.

### **3.27 - O advogado no Processo Civil**

Na França existem 3 tipos de advogados: os advogados propriamente ditos (que militam na 1ª instância: Tribunais de Grande Instância, Tribunais de Instância, Justiça Trabalhista, Tribunais do Comércio, etc.), os “*avoués*” (autorizados a redigirem recursos de apelação perante as Cortes de Apelação) e os advogados dos Conselhos (que militam perante a Corte de Cassação). Há casos em que é obrigatória a presença de advogado (*lato sensu*) no processo e há casos em que não é, podendo, nesta última situação, a parte apresentar-se sem advogado ou então ser representada por pessoas que a legislação autoriza (por exemplo, diante dos Tribunais do Comércio a parte pode ser representada por qualquer pessoa).

Diz Mme Bérouton no seu **Curso de Processo Civil** publicado na Internet que “todos os representantes, com exceção dos advogados (*lato sensu*), devem apresentar procuração escrita.”

### **3.28 - Os debates orais**

Os debates orais visam a mostrar aos juízes da câmara que irá julgar o processo os pontos mais importantes, acontecendo frequentemente de os juízes transformarem a audiência num verdadeiro debate entre eles e os advogados, que ficam na contingência de responder às indagações dos juízes.

### **3.29 - Deliberação secreta**

Somente o Ministério Público, como fiscal da lei ou como parte, presencia o “*délibéré*”, numa afronta à igualdade das partes. Tal acontece por causa do destaque que o *Parquet* tem na França.

### **3.30 - Objetividade na redação das sentenças**

Também os juízes e tribunais franceses têm de obedecer à regra muito conhecida de decidir fundamentadamente, tendo os

atos mais importantes as tradicionais 3 partes: relatório, fundamentação e dispositivo.

Carlos Ferreira de Almeida, ob cit., p. 57, é preciso quando afirma: “as sentenças francesas são tendencialmente curtas e concisas. A matéria de fato é resumida. Como regra, cada uma das frases começa pela palavra ‘*attendu*’ (considerando), o que confere ao texto um certo paralelismo monótono. A fundamentação legal é sempre indicada. Em comparação com as sentenças portuguesas e alemãs, são em menos número as menções jurisprudenciais e são raras as citações doutrinárias. Não há votos de vencido.”

Consigna a **Enciclopédia do Advogado** - Leib Soibelman: “Considerando. Considerandos ou consideranda. Cada um dos parágrafos de sentenças, [...] onde são expostos os seus fundamentos ou razões que as determinaram. Cada uma das justificações destes atos começadas pelas palavras “considerando” ou “atendendo”. Motivo, razão, argumentação, fundamentação, consideração. Escreve-se indiferentemente “os considerando”, “os considerandos” ou “os consideranda”. Reflexões analíticas da sentença, em forma de parágrafos, sobre os pontos de fato e de direito da causa.”

Serge Braudo, no seu **Dictionnaire du Droit Privé**, publicado na Internet, diz sobre a parte dispositiva da sentença: “A Corte de Cassação considera que o silêncio guardado pelo juiz no dispositivo de sua decisão sobre alegações subsidiárias (das partes, naturalmente) implica sua rejeição”. Segundo o NCPC, as decisões judiciais são: sentenças (prolatadas por um órgão jurisdicional de 1ª grau); arestos (proferidos pelas Cortes de Apelação ou pela Corte de Cassação) e ordenanças (prolatadas por juiz único).

As sentenças se classificam, segundo o NCPC em: de mérito e “outras sentenças”: as que extinguem o processo sem julgamento do mérito, as sentenças de “*référés*” e as “*sur requête*”. Croze, ob. cit., p. 43, diz que essa classificação “não é nada racional”.

### 3.31 - Voto vencido

Se o julgamento não é unânime, não é publicado o voto vencido, chegando ao conhecimento das partes e demais eventuais interessados a decisão, sem se dizer se houve ou não divergência.

Com isso pretende-se garantir até a própria segurança dos juízes. Observa-se que no Direito francês se faz muita questão do cumprimento do dever do juiz de manter segredo dos atos do seu ofício em geral.

### **3.32 - Sentenças e acórdãos comunicados às partes em audiência**

Nos casos de procedimentos de jurisdição voluntária, a audiência de leitura da sentença ou do acórdão é restrita às partes, à exceção dos casos de divórcio, cujo dispositivo é lido em audiência pública.

### **3.33 - O duplo grau de jurisdição**

Consigna a **Enciclopédia do Advogado** - Leib Soibelman: “Duplo grau de jurisdição (dir. prc.). Princípio de ordem pública segundo o qual toda causa tem direito a um reexame por uma segunda instância.” Muito mitigada no Processo Civil francês a ideia de que o duplo grau de jurisdição seja uma boa coisa; ao contrário prevalece a ideia de que em causas de pequeno valor, cujo teto é mais baixo nas causas de competência da Justiça Trabalhista, são insuscetíveis de apelação, transitando em julgado na 1ª e única instância. Com isso, desafogam-se as Cortes de Apelação e, por via de consequência, a Corte de Cassação.

Segundo o NCPC, as decisões judiciais são: sentenças (prolatadas por um órgão jurisdicional de 1ª grau); arestos (proferidos pelas Cortes de Apelação ou pela Corte de Cassação) e ordenanças (prolatadas por juiz único). As sentenças se classificam, segundo o NCPC em: de mérito e “outras sentenças”: as que extinguem o processo sem julgamento do mérito, as sentenças de “*référés*” e as “*sur requête*”.

Croze, ob. cit., p. 43, diz que essa classificação “não é nada racional”. Mais adiante, p. 44, diz que “os autores do Código fundaram sua classificação inteiramente sobre a autoridade da coisa julgada, de maneira que opõem as decisões que fazem coisa julgada daquelas que não.” Mencionam-se dois tipos de recursos (art. 527 do NCPC): a) ordinários: apelação e oposição; b) extraordiná-

rios: oposição de terceiro, recurso de revisão e provimento de cassação. No entanto, há mais um que é a contradita, contemplado alhures no Código.

Croze, ob. cit., p. 49, diz, com outras palavras, que, apesar de falha a classificação dos recursos em ordinários e extraordinários, há interesse prático em se manter essa classificação, porque os recursos ordinários têm efeito suspensivo da execução, o que não acontece com os extraordinários.

#### Recursos Ordinários:

1) Apelação - visa a reforma ou a anulação de uma decisão (em sentido amplo) de primeiro grau, seja ela uma sentença de mérito, uma sentença que extinga o processo sem julgamento do mérito, uma ordenança de “*référé*” ou uma ordenança “*sur requête*” (art. 542 do NCPC), evidentemente se ultrapassado o teto do valor da causa já mencionado. Regra geral as apelações somente são interpostas com a prolação da sentença que encerra o processo, mas, como visto, podem se referir a decisões interlocutórias, mas, nesse caso, só são julgados imediatamente se o juízo apelado decidiu com excesso de poder ou violou flagrantemente os direitos de defesa (*appel-nullité*). Tanto a matéria de fato como a de direito são reanalisadas pela Corte de apelação competente, presente o efeito devolutivo do recurso). Segundo o art. 562 do NCPC, a Corte de Apelação pode, em casos específicos, utilizar seu poder de “avocação”, suprimindo um grau de jurisdição.

2) Oposição - é o recurso do revel, perante o mesmo Juízo do processo em que sofreu condenação, sendo necessário o preenchimento cumulativo das seguintes condições: o processo não comporta recurso e o recorrente não recebeu a citação no processo que originou o recurso. É um recurso raramente utilizado, sendo preferido pelo vencido o recurso de apelação, se é possível no caso. É interposto perante o próprio órgão jurisdicional de 1º grau que julgou inicialmente.

3) A contradita - é o recurso que visa a somente a resolver conflito de competência.

#### Recursos Extraordinários:

1) Oposição de Terceiro - é manobrável pelo terceiro que se sinta atingido pela sentença ou acórdão. É ajuizado perante o Tribunal que julgou a demanda que originou o recurso.

2) Recurso de Revisão - visa, como o próprio nome diz, a revisão do julgamento, interposto o recurso perante o próprio órgão jurisdicional recorrido, alegando-se: fraude praticada por uma das partes, o que teria determinado o rumo da decisão recorrida; descoberta de peças importantes que estariam em poder da parte contrária; peças ou declarações declaradas falsas pela Justiça; depoimentos, atestações ou juramentos declarados judicialmente falsos.

3) Provimento em Cassação - visa a assegurar a unidade da interpretação das regras do Direito. Segundo o art. 604 do NCPC, “tende a fazer censurar pela Corte de Cassação a não-conformidade da decisão que ele ataca às regras de direito”. A Corte de Cassação somente tem duas opções: anular ou não anular a decisão recorrida, mas não a reforma, pois não é 3ª instância.

Os recursos mais usados no foro francês são a Apelação e o Provimento em Cassação, segundo Jean-Jacques Barbiéri.

Christine da Luz, Juíza francesa que esteve no Brasil verificando a estrutura do nosso Processo Civil, escreveu um Relatório em que diz, entre outras coisas, que no Brasil há recursos demais, no que ela tem razão, dizendo também que aqui se abusa do direito de recorrer. Os recursos ordinários têm efeito suspensivo, os extraordinários, não. Outra diferença entre os referidos recursos é que cabem os ordinários em todos os casos, a não ser com previsão da lei em contrário, enquanto que os extraordinários são abertos nas hipóteses especificadas na lei.

Outra observação importante é lembrada por Jean-Jacques Baibiéri, ob. cit., p. 111: “As decisões provisórias não podem ser julgadas em apelação independentemente do julgamento da matéria de fundo do processo.” A apelação visa a anular ou reformar a decisão ou sentença de 1º grau, mas a Corte de Apelação pode conhecer de matéria que não foi objeto do recurso e julgá-la. A Corte de Cassação julga só a matéria de fundo, quer dizer, de mérito, não a de fato. Visa simplesmente a manter a unidade



jurisprudencial, não sendo 3ª instância a não ser em casos especiais. O art. 311-9 do Código Civil impede o abandono da causa quando se trata de demanda que verse sobre filiação, valendo isso, naturalmente, para o caso de recurso em andamento.

### 3.34 - Litigância de má-fé

O conceito de litigância de má-fé é quase universal. Quanto ao Direito Processual Civil brasileiro fala com acerto a **Enciclopédia do Advogado** - Leib Soibelman: “Litigante de má-fé. (dir. prc.) É considerado como tal aquele que: a) deduzir pretensão ou defesa, cuja falta de fundamento não possa razoavelmente desconhecer; b) altera intencionalmente a verdade dos fatos; c) omite intencionalmente fatos essenciais ao julgamento da causa; d) usa do processo com o intuito de conseguir objetivo ilegal; e) resiste injustificadamente ao andamento do processo; f) procede de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; g) provoca incidentes manifestamente infundados. V. lide temerária. (Nota do revisor - No atual Estatuto da Advocacia e da O.A.B. (Lei 8.906 de 04.07.1994), no art. 32, § único, determina que em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria.).”

No Processo Civil francês o entendimento é semelhante.

Diz Mme Bérouton no seu **Curso de Processo Civil** publicado na Internet que “o direito de ação, que pode ser considerado como direito subjetivo autônomo, pode ser sancionado pelo exercício abusivo através de multas civis (o produto dessas multas civis se destina ao Tesouro Público) ou por condenações em perdas e danos (que se destinam à parte contrária). (conforme art. 32-1 do NCPC) A Corte de Cassação aplica muitas multas civis em recursos de provimentos de cassação abusivos. Existe um outro meio indireto de sancionar as ações abusivas (art. 700 do NCPC - que permite ao juiz condenar a parte vencida a pagar à parte vencedora encargos não compreendidos entre as despesas processuais).”

### 3.35 - Execução provisória e execução retardada

Quanto à execução, como já dito, não faz parte do NCPC, pois o anunciado Livro V, que trataria dela, até hoje não se tornou realidade, prevalecendo normas do CPC de 1806, com atualizações de uma lei de 1991, a qual criou a figura do juiz das execuções. Essa lei, aliada a um decreto de 1992, mudou totalmente a execução sobre móveis. A constituição de advogado não é obrigatória em matéria de execução, afirma Mme Bérroujon no seu Curso.

Consigna a **Enciclopédia do Advogado** - Leib Soibelman: “Execução provisória. (dir. prc. civ.) Execução de sentença ainda não transitada em julgado, mas contra a qual só cabem recursos com efeito devolutivo. Reformada a sentença, a execução fica sem efeito.”

Jean-Jacques Barbiéri, ob. cit., p. 103/108, fala de cada uma, dizendo:

a) sobre a execução provisória, que ela pode ser de direito (por exemplo, ordenanças de référé, decisões provisórias no curso do processo, etc.) ou facultativas, ordenadas pelo juiz (que deve analisar caso a caso, normalmente exigindo caução e evitando a irreversibilidade do eventual prejuízo que poderá causar ao vencido, que pode ser vencedor em grau de recurso);

b) sobre a execução retardada que o juiz pode conceder prazo ao vencido para pagar o débito, inclusive parceladamente.

### 3.36 - O instituto da *radiation*

Diz Mme Bérroujon no seu **Curso de Processo Civil** publicado na Internet que as “causas extintivas do processo não devem ser confundidas com certas medidas de administração judiciária que são da iniciativa do juiz e penalizam a falta de iniciativa das partes: assim a “*radiation*” do processo é simplesmente suspensiva do processo, podendo as partes retomá-lo quando elas quiserem simplesmente requerendo o reinício do processo, mas devendo ser novamente registrado o feito no livro próprio e citado novamente o réu. Os atos processuais já realizados continuam a produzir efeitos. A decisão é irrecurável a não ser que o recorrente demonstre

que o juiz agiu com excesso de poder, conforme garante Mme Béroujon no seu Curso já várias vezes mencionado.

#### 4 - PROCESSUALISTAS CIVIS FRANCESES EMÉRITOS

Destacam-se:

PLACENTIN (séc. XIII) “fundou a escola de direito de Montpellier, a primeira da França, e entre outras obras escreveu, com espírito científico e profundo conhecimento das fontes, um *“Summa”* do Código e outro das Institutas.” (José Carlos de Matos Peixoto, **Curso de Direito Romano**, tomo I, Renovar, 4ª edição, p. 174);

JACQUES CUJAS (Toulouse, 1520 - Bourges, 1590) “Posteriormente, surge a chamada escola culta ou elegante, que, “no século XVI começa nova era para o estudo do direito romano”. (p. 182), dizendo o ilustre autor, linhas adiante, que: “O mais ilustre representante dessa escola é o jurisconsulto francês Cujácio (1522-1590), que lecionou principalmente em Bourges e Valença e cujo nome, no dizer de Rivier, domina a ciência jurídica da Renascença.”; PHILIPPE DE RÉMI, “SIRE” DE BEAUMANOIR (v. 1250 - Pont-Saint-Maxence 1296), autor dos “Costumes de Beauvaisis; além de:

JACQUES D’ABLEIGES; JEAN BOUTILLIER; CHARLES DU MOULIN; BUDÉ; DONELLUS; FRANÇOIS HOTMAN; BERNARD D’ARGENTRÉ; GUY COQUILLE; ANTOINE LOISEL; PIGEAU; JAPIOT; VIZIOZ; MOREL; PERROT; MOTULSKY; CADIET; VINCENT; GUINCHARD; HÉRON.

#### 5 - CONCLUSÃO

1) O Processo Civil francês atual é o resultado de uma evolução lenta mas segura dentro de um estilo todo particular, baseado sobretudo nos costumes, que foram sendo compilados até chegar-se à Ordenança de 1667 e, depois, ao Código de Processo Civil de 1806, e, posteriormente, ao Novo Código de Processo Civil, que, no entanto, não é o resumo de tudo o que existe em termos de Processo Civil, mas sobressaindo sempre em todas essas modificações para melhor acompanhar a evolução dos tempos a praticidade e o empenho em se encontrar soluções ao mesmo tempo rápidas e justas para as partes;

2) Não há preocupação, regra geral, no Processo Civil francês com o tecnicismo, sendo, aliás, a própria redação do NCPC tida com de pouca técnica, se comparada com o Código italiano e até o brasileiro;

3) Ao invés de copiar de legislações alienígenas, o Processo Civil francês, ao contrário, inspirou os Códigos e leis de outros diversos países, principalmente os francofônicos;

4) Mostra-se o Processo Civil francês como verdadeiro exemplo para as ideias modernas do “acesso à justiça” e da “efetividade do processo”; a primeira através do primor de organização da assistência judiciária e a segunda, dentre outros institutos, a presteza dos “*référés*” e das injunções de fazer e de pagar;

5) O Processo Civil francês atende ao que afirma Hervé Croze quando diz que “Um bom Direito deve ser simples e compreensível por todos.” 